سلسلة نصوص تراثية للباحثين
(١٠٦٣)

وجه الاستحسان

توجيه العيني للاستحسان في البناية شرح الهداية

(فقه حنفي)

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة
ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

https://t.me/dralhoshan تليجرام

WWW.NSOOOS.COM

"حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق. غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع

ــــــــQعنه – وقد قيل له: كم قال أبو حنيفة في الإسلام؟ قال: ستين ألفا، يعني مسائله.

ثم قال الخطيب: ذكر الثقة أن أبا حنيفة قال في السنة ثلاثة وثمانين ألفا وثمانية وثلاثين أصلا في العبادات، وخمسة وأربعين أصلا في المعاملات. وقال غيره: إن أبا حنيفة وضع ثلاثمائة أصل، كل أصل يخرج منه عشرة من الفروع. وذهب قوام الدين وغيره من قوله: " أوائل المستنبطين " إلى أن المراد منه أبو حنيفة وصاحباه؛ نظرا إلى أن هذا الكتاب في بيان مذهب أبي حنيفة، فلذلك خصصه به، ولكن لا يلزم من ذلك التخصيص بل الظاهر منه فقهاء الصحابة والتابعين أو سائر المجتهدين من الفقهاء المتقدمين؛ لعموم الكلام.

قوله: " بالتوفيق ": يتعلق بقوله " خص "، وهو حسن عناية الله لعبده. وقال بعض أهل الكلام: التوفيق: خلق الله قدرة الطاعة، والخذلان: خلق قدرة المعصية.

م: (حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق) ش: حتى: للغاية بمعنى إلى، والمسائل: جمع مسألة، وهو موضع السؤال، كذا قال بعضهم، وليس كذلك، بل المسألة مصدر، قال الصاغاني: بمسألة الشيء ومسألة من الشيء: سؤالا ومسألة.

قوله: " من كل جلي " كلمة " من " للبيان، وموضعها النصب على الوصفية، تقديره مسائل جلية ودقيقة. والجلي: الظاهر، وهو نقيض الخفي، وأراد به المسائل القياسية لظهور إدراكها. وقال صاحب " النهاية ": نظيرها إذا وقعت البعرة في البئر، فيه قياس واستحسان. فالقياس: أن تفسد الماء لوقوع النجاسة في الماء القليل، هذا دليل ظاهر دركه. **والاستحسان**: أن لا يفسد؛ لأن آبار الفلوات ليس لها رؤوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها، وتلقيها الريح فيها، فجعل القليل عند الضرورة عفوا، ولا ضرورة في الكثير، وهذا دليل خفي دركه.

قلت: تخصيص الجلي بالمسائل القياسية فيه نظر؛ لأنه قد تكون مسألة قياسية في غاية الدقة، ومسألة استحسانية في غاية الجلاء والظهور.

قوله: " ودقيقة ": من دق الشيء يدق دقة: أي صار دقيقا، وهو خلاف الظاهر. والدقاق بالضم والدق بالكسر مثل الدقيق.

م: (غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع) ش: هذا استثناء من قوله " حتى وضعوا " ويضاف إلى قوله " غير ".

وهو اسم ملازم للإضافة في المعنى، ويجوز أن يكون صفة للنكرة، نحو قوله تعالى: ﴿نعمل صالحا غير الذي كنا نعمل﴾ [فاطر: ٣٧] (فاطر: الآية ٣٧) ، أو لمعرفة قريبة منها، نحو: ﴿صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم﴾ [الفاتحة: ٧] (الفاتحة: الآية ٧) .." (١)

"استحسانا والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل، وجه الاستحسان أن آبار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها،

ـــــــم (استحسانا) ش: أي من حيث الاستحسان، أو التقدير استحسن ذلك استحسانا، فعلى الأول تمييز وعلى الثاني مفعول مطلق.

م: (والقياس أن تفسده) ش: أي أن تفسد الماء م: (لوقوع النجاسة في الماء القليل) ش: فصار كالوعاء إذا وقعت فيه بعرة أو بعرتان فإنها تنجس لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن الإناء كالبئر في حق البعرة والبعرتين، وكذا الحوض الصغير، لإمكان صون الماء عنها فإن كانت النجاسة جامدة، وما وقع فيها جامد كالسمن ونحوه رميت النجاسة وما حولها وأكل الباقي، لما روى البخاري عن ميمونة زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه سئل عن فأرة سقطت في سمن، قال: "إن كان جامدا فألقوها وما حولها وكلوا"، وإن وقعت في المائع نجسته» لحديث أبي هريرة قال: «سئل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الفأرة في السمن، فقال: "إن كان جامدا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه» . رواه أبو داود وأحمد.

ويجوز استعماله في دباغ الجلد، ودهن الدواب، والسفن، والاستصباح، ويجوز بيعه، ويجب عليه البيان، وروي «فانتفعوا به» . وقال البخاري: رواية أبي داود " "وإن كان مائعا فلا تقربوه"، خطأ، والصحيح الأول، يعني روايته، وذكر في " التوشيح " وفي الشاة تبعر في اللبن بعرة أو بعرتين، قال: ترمى البعرة ويشرب اللبن، روي ذلك عن خلف بن أيوب، ونصر بن يحيى، ومحمد بن مقاتل الرازي لمكان الضرورة، فإن الغنم لا تحلب من غير أن تبعر عند الحلب، وهو يحكى عن علي - رضي الله عنه -.

م: (وجه الاستحسان أن آبار الفلوات) ش: جمع فلاة وهي المفازة، ويجمع على فلاة أيضا، وأصل فلاة فلوة قلبت الواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها، والجمع يرد الشيء إلى أصله، م: (ليست لها رؤوس حاجزة) ش: أي مانعة وقوع النجاسة من حجزه يحجزه حجزا إذا منعه، فالحجز وهو من باب نصر ينصر.

م: (والمواشي) ش: جمع ماشية وهي اسم يقع على الإبل والبقر والغنم، وأكثر ما يستعمل في الغنم م: (تبعر

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/١٢٣

حولها) ش: أي حول الآبار خصوصا وقت إيرادها للسقي، وتبعر من باب بعر البعير والشاة بفتح العين وسكونها، وهو من باب منع يمنع م: (فتلقيها الريح فيها) ش: أي تلقي." [1]

"فجعل القليل عفوا للضرورة، ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر إليه في المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - وعليه الاعتماد. ولا فرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر،

ـــــــQالريح البعرات حول الآبار.

م: (فجعل القليل عفوا للضرورة) ش: أي فإذا كان كذلك جعل القليل من البعر عفوا لأجل الضرورة، فلو أفسده القليل أدى إلى الحرج ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] (الحج: الآية ٧٨) ، وهو الذي ذكره هو أحد وجهي **الاستحسان**. قال في " المبسوط " و" المفيد ": للاستحسان وجهان أحدهما: أن في القليل ضرورة، ووجها ما ذكره المصنف. والوجه الثاني: لم يذكره المصنف وهو أن البعر شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة في الأمعاء كالغلاف له، وفيها لزوجة تمنع دخول الماء في أثنائه.

م: (ولا ضرورة في الكثير) ش: من البعر م: (وهو) ش: أي الكثير م: (ما يستكثره الناظر إليه) ش: بأن يقول هذا كثير م: (في المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أي في الذي روي عن أبي حنيفة - رحمه الله -.

فإن قلت: الجار والمجرور بماذا متعلق، وما محلهما من الإعراب؟

قلت: تعلقهما بمحذوف تقديره الكثير هو الذي يستكثره الناظر المعتمد عليه في المروي عن أبي حنيفة، دل عليه قوله م: (وعليه الاعتماد) ش: أي هذا المروي العمدة في هذا الباب، إنما قال ذلك لأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يقدر شيئا بالرأي في مثل هذه المسائل التي يحتاج إلى التقدير، ولما كان هذا موافقا لمذهبه قال: وعليه الاعتماد، ولهذا قال في " البدائع " و" قاضي خان ": هو الصحيح، وأما محلهما من الإعراب فالنصب على الحال وذو الحال هو المقدر الذي ذكرناه.

وقيل: الكثير أن يغطي ربع وجه الماء. وقيل: أن لا يخلو دلو عن بعرة، وقال في " المبسوط ": هو الصحيح. وقيل: أن يأخذ جميع وجه الماء فدل على أن الثلاث يفسده، وهذا فاسد لأنه ذكر في الكتاب: إن وقعت فيها بعرة أو بعرتان لا يفسد الماء حتى يفحش، والثلاث ليس بفاحش هكذا ذكره في " المبسوط " و" المحيط " و" المفيد ".

وقال الأسبيجابي في " شرح مختصر الطحاوي ": والأول أظهر؛ لأن محمدا جعل الرجعة في البعرة والبعرتين

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/٤٣٥

لا غير، وجعل الرطب واليابس المنكسر نجسا وإن قل، وروى الحسن أن اليابس لا ينجس للضرورة.

م: (ولا فرق) ش: في هذا الحكم م: (بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر) ش: هذا على الوجه الذي ذكره المصنف من وجهي **الاستحسان**. وأما على الوجه الثاني: فإنه يفرق بين الرطب." (١)

"والروث والخثي والبعر؛ لأن الضرورة تشمل الكل،

وفي شاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين، قالوا: ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة، ولا يعفى القليل

ــــــــواليابس والصحيح والمنكسر م: (والروث والخثي والبعر) ش: فجعل الرطب نجسا لوجهين: أنه ثقيل يلتصق بالأرض فلا يرفعه الريح فلا ضرورة فيه، يروى ذلك عن أبي حنيفة. والثاني: أن رطوبة الأمعاء لم تنصب عليه لعدم يبسه ذكره في " النوازل " والحاكم في " الإشارات "، والمنكسر ينجسه لدخول الماء باطنه بخلاف الصحيح.

قلنا: الضرورة في المنكسر أشد لخفته. وعن أبي يوسف: الروث اليابس إذا خرج من ساعته لا ينجس، والرطبة ينجسه. وفي " المحيط ": السرقين والروث قليله وكثيره رطبه ويابسه سواء؛ لأنه يتشقق فينتشر في الماء، وكان قليله كالكثير، وخثي البقر قيل: ينجسه وإن كان صلبا فكالبعر.

ثم اعلم أنه يفرق بين آبار الفلوات وبين آبار الأمصار، قال شيخ الإسلام في " المبسوط ": فأما إذا كان في الأمصار اختلف مشايخنا فيه؛ قال بعضهم: ينجس إذا وقع فيها بعرة أو بعرتان؛ لأنها لا تخلو عن حائط بتابوت أو حائط، فلا يتحقق فيها الضرورة. وقال بعضهم: لا ينجس اعتبارا للوجه الآخر من **الاستحسان**.

قال شيخ الإسلام: والصحيح أن الكل والنصف سواء فلا ينجسه، وذكره الحاكم الشهيد في كتابه " الإشارات "، فقال: إن كان رطبا نجسه، وإن كان يابسا لا ينجس، والروث والخثي والبعر هذه المجرورات عطف على قوله: والمنكسر، أراد أنه لا يفرق أيضا بين هذه الأشياء، كما لا يفرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، وفي الخثي خلاف ما ذكرناه آنفا.

وفي " المبسوط " في روث الحمار والفرس القليل والكثير سواء؛ لأنه ليس صلابة فيتداخل الماء في أجزائه فينجس، وكذلك المنفتة من البعر في ظاهر الرواية، إلا أنه روي عن أبي يوسف قال: القليل من الروث عفو. وهو الأوجه كذا ذكره الإمام المحبوبي.

م: (لأن الضرورة تشمل الكل) ش: أراد جميع ما ذكره من قوله: ولا فرق ... إلخ.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/٤٣٦

م: (وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين) ش: كلمة في قوله: وفي الشاة تتعلق بقوله: قالوا، والمحلب بكسر الميم آلة للحلب بفتح اللام وهو مصدر م: (قالوا) ش: أي المشايخ م: (ترمى البعرة ويشرب اللبن) ش: معناه لا ينجس إذا رميت قبل أن يتغير لونه. قال شيخ الإسلام في " مبسوطه ": لا ينجس إذا رميت من ساعته ولم يبق لها لون.

م: (لمكان الضرورة) ش: لأن الغنم يتعين حلبها بلا بعر ومن عادتها أنها تبعر عن الحلب م: (ولا يعفى القليل) ش: وهو الذي يستقله الناظر.." (١)

"ويسقط اعتبار الصب للضرورة.

وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لأنها تخالط النجاسة، ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة، وكذا سؤر سباع الطير

ـــــــQوالشافعي - رحمهم الله - لا تجوز إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة غير الماء فلا يطهر فمها وفم السكران عندهم، ولو شربت الماء أو شربه السكران يطهر حينئذ فمه. وقيد المصنف المكث بالساعة وفي " المفيد" ساعة أو ساعتين، قال المرغيناني: هو الأصح. م: (ويسقط اعتبار الصب للضرورة) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال: كيف يصح الاستثناء على قول أبي يوسف؛ لأن من مذهبه الصب شرط يعني صب الماء في الأبدان وتقرير الجواب: نعم الصب شرط عنده ولكنه هاهنا للضرورة. وفي " المفيد" أبو يوسف - رحمه الله - لم يقل بطهارة فمها إذا غسلته بلعابها لاشتراط الصب في الأبدان.

[سؤر الدج ا جة المخلاة وسباع الطير وما يسكن البيوت]

م: (وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه) ش: المخلاة بالخاء المعجمة وهي الثيبة الدائرة في عذرات الناس، وقيل بالجيم وهي التي تأكل الجلة بفتح الجيم. وقال الجوهري: هي النعم، وقال أيضا هي الجلالة التي تأكل العذرة، وفي ذلك نظر، فمن يقول مجلاة بالجيم لأنه إن كان من جل البقرة يجل أي التقط من باب نصر ينصر يكون الفاعل منه جال للذكر وجالة للأنثى، والمجلاة من باب جلى يجلي تجلية واستوى الفاعل والمفعول فيه في تقدير مختلف، ولكن معنى هذا الباب لا يساعد من يدعي ذلك، وأما المخلاة بالخاء فهو من خلا يخلو تخلية ومعناه صحيح في هذا الباب م: (لأنها تخالط النجاسة) ش: أي لأن المخلاة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٣٧/١

تخالط النجاسة فيكره سؤرها لأن منقارها لا يخلو عن قذر وشك في نجاستها والشك لا يعارض اليقين فأثبت الكراهة للاحتمال.

م: (ولو كانت محبوسة) ش: أي ولو كانت الدجاجة محبوسة للمقيمين ويكون أكلها وشربها خارج البيت أشار إليه بقوله م: (بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة) ش: أي من مخالطة النجاسة، وإن كانت محبوسة في بيت أو في قفص فإنها تجول في عذرات نفسها فلا تؤمن من مخالطة النجاسة فيكره حينئذ سؤرها، وهذا الذي ذكره المصنف هو الذي ذكره الإمام الحاكم عبد الرحمن.

وفي " مبسوط شيخ الإسلام " لو كانت محبوسة لا يكره لعدم النجاسة على منقارها من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار لأنها لا تجد عذارت غيرها حتى تجول فيها وهي في عذرات نفسها لا تجول وكذا سؤر الإبل الجلالة والبقر الجلالة مكروه لاحتمال نجاسة الفم.

م: (كذا سؤر سباع الطير) ش: هذا عطف على قوله - وسؤر الدجاجة المخلاة - فيكون داخلا في حكم الكراهة وسباع الطيور كالصقر والبازي والشاهين والعقاب وكل مالا يؤكل لحمه من الطيور، وهذا الذي ذكره **الاستحسان** والقياس بنجسه فيه كسباع البهائم والجامع حرمة اللحم،." (١)

"لأنها لا تأكل الميتات فأشبه الدجاجة المخلاة، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنها إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها، ولا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة، واستحسن المشايخ هذه الرواية

وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه؛ لأن حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة، والتنبيه على العلة في الهرة.

وجه **الاستحسان** ما ذكره في " المبسوط " و" المحيط " لأنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف البهائم فإنها تشرب بلسانها وهو رطب لعابها، ولأن في سباع الطير ضرورة وعم بلوى فإنها تنقض من علو وهوي، ولا يمكن حول الأواني عنها لا سيما في البراري والصحاري فأشبهت الفأرة والحية، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن ما يقع على الجيف منها فسؤره نجس؛ لأن منقارها لا يخلو عن نجاسة في العادة والحية نجس والبازي والصقر ونحوهما إذا كانت تأكل اللحم الذي لا يكره، ذكره في " المحيط ".

م: (لأنها لا تأكل الميتات فأشبهت الدجاجة المخلاة) ش: أي لأنها سباع الطير تأكل الجيف والميتات

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/٤٨٧

فأشبه الدجاجة المخلاة فيكون سؤرها مكروها وباقي فيها تقسيم المخلاة كما ذكرنا م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - إنها إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة) ش: أي أن سباع الطير، وفي " المحيط " وكأن أبا يوسف - رحمه الله - اعتبر الكراهة لتوهم إيصال النجاسة إلى منقارها لا وصول لعابها إلى الماء وقال: إذا لم يكن على منقارها نجاسة لا يكره التوضؤ بسؤرها م: (واستحسن المشايخ هذه الرواية) ش: أي المذكورة عن أبي يوسف - رحمه الله - وأفتوا بها.

م: (وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه لأن حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر) ش: أي سؤر ما يسكن في البيوت م: (إلا أنه) ش: أي إلا أن الشأن م: (سقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة) ش: لأن سقوط النجاسة لا يستلزم عدم الكراهة. م: (والتنبيه على العلة في الهرة) ش: قال الأكمل: قيل معناه وبقي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة: قلت: قائله السغناقي، وتمام كلامه يعني أن النبي - صلى الله عليه وسلم - علل سقوط النجاسة في سؤر الهرة بعلة الطواف بقوله: «إنها من الطوافين والطوافات عليكم» دفعا للحرج، فكان مقتضى ذلك التعليل أن يوجد الحكم المرتب على تلك العلة فيما وجدت تلك العلة فقد وجدت تلك العلة وهي الطواف في سواكن البيوت بعينها بل أزيد منها فيثبت ذلك الحكم المرتب عليها أيضا وهو سقوط النجاسة في سواكن البيوت كما في الهرة.

وقال الأكمل أيضا: قيل: هو جواب سؤال. قلت: قائله الأترازي فإنه قال: هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: كيف عللتم سقوط نجاسة سؤرها في سواكن البيوت بعلة الطواف، فمن أين نبهتهم هذه العلة وهل لها أثر شرعي حتى يعتبر، فأجاب عنه وقال التنبيه على علة سقوط النجاسة في سؤر سائر سواكن البيوت حاصل في الهرة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نبهنا عليها وعللها في الهرة." (١)

"مكشوف تعيد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وإن كان أقل من الربع لا تعيد، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا كان أقل من النصف لا تعيد الصلاة؛ لأن الشيء إنما يوصف بالكثير إذا كان ما يقابله أقل منه، إذ هما

ـــــــــالخامس: ما قاله في " الجنازية " قيل هذا غلط من الكاتب، وكذا ذكر صدر الأكمل جوابا من الأجوبة بأن قال: إنه سهو من الكاتب، ولهذا لم يكتب فخر الإسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة.

قلت: لا يلزم من عدم كتابة فخر الإسلام وعامة المشايخ عدم الفائدة عند غيرهم.

السادس: قاله الأكمل بأنه شك وقع من الراوي عن محمد. قلت: وقوع الشك من الراوي عن محمد لا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٨٨/١

يستلزم وقوعه عن المصنف حتى يذكره على هذا الوجه.
السابع: نقل صاحب " الدراية " من أن الربع مانع فإذا كان كذلك كانت مانعية الثلث بطريق الدلالة، وما ثبت بالدلالة بالتنصيص عليه لا يكون قبيحا قال الله تعالى: ﴿يوم عسير﴾ [المدثر: ٩] ﴿على الكافرين غير يسير﴾ [المدثر: ١٠] (سورة: المدثر: الآية ٩: ١٠) ونقله الأكمل منه أيضا.
قلت: هذا القياس غير صحيح لأن قوله غير يسير ليس بالمعنى الذي ذكروه، وإنما معناه غير يسير على الكافرين كما هو يسير على المؤمنين فلأجل هذه النكتة ذكر وإن كان مستغنى عنه عند ذكر عسير في الحقيقة، أو هو عسير لا يرجى أن يكون يسيرا لما يرجى بتيسير العسير من أمور الدين وإليهما لمح الزمخشري في تفسيره.
الثامن: قاله صاحب " الدراية " وأخذ عنه الأكمل بأن الربع مانع قياسا والثلث استحسانا فأورده عن القياس **والاستحسان.**
التاسع: أورده أيضا بأن الربع مانع مع القدم والثلث مانع لا مع القدم. قلت: هذان الوجهان لا بأس بهما.
م: (مكشوف) ش: خبر لقوله وثلث ساقها م: (تعيد الصلاة عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ومحمد - رحمه الله -: وإن كان أقل من الربع لا تعيد) ش: وإن كان الذي انكشف من ساقيها أقل من ربعها لا تعيد الصلاة. والأصل أن الكثير من انكشاف العورة مانع، والقليل غير مانع، والربع ما فوقه كثير وما دونه قليل عندهما.
وقال الشافعي: لو انكشف شيء من العورة في الصلاة بطلت صلاتها ولا يعفى عن شيء منها ولو شعرة من رأس الحرة أو ظفرة منها. وعند أحمد: يعفى عن القليل ولم يحده بشيء بل جعل الكثير فاحشا في النظر والقليل لا يفحش ويرجع فيه إلى العادة.
م: (وقال أبو يوسف: إذا كان) ش: أي الانكشاف م: (أقل من النصف لا تعيد الصلاة؛ لأن الشيء إنما يوصف بالكثير إذا كان ما يقابله أقل منه إذ هما) ش: كلمة إذ للتعليل وهما أي القلة." (١)
"والقعدة الأولى، وقراءة التشهد في القعدة الأخيرة، والقنوت في الوتر، وتكبيرات العيدين، والجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت فيه، ولهذا تجب عليه سجدتا السهو بتركها، هذا هو الصحيح،
ـــــــوفي " الحواشي ": لو تذكر في الركوع الثاني: أنه ترك سجدة من الركعة الأولى، فانحط من ركوعه فسجد، لا يلزمه إعادة الركوع، وكذا الترتيب فيما بين الركعات ليس بفرض، فإن المسبوق إذا قام إلى قضاء

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/١٢٧

ما سبق به يصلي أول الثانية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي " الجنازية ": الترتيب فرض فيها، اتخذت شرعيته في كل ركعة، كالقيام والركوع، أو اتخذت شرعيته في جميع الصلاة كالقعدة، حتى لو قعد قدر التشهد ثم عاد إلى السجدة الثانية، أو تذكر في الركوع أنه لم يقرأ السورة نقض ما أدى قبله من الركوع.

م: (والقعدة الأولى) ش: عند المتأخرين وعند الطحاوي والكرخي سنة. وفي " التحرير " القعدة الأولى في الفرض واجبة، وكذا قراءة التشهد فيها، وهو المختار، وقيل: سنة، وهو الأقيس، وعند بعضهم واجبة. قال في " المحيط ": وهو الأصح، وقال مالك: الجلسة الأولى سنة، ولو تعمد تركها تفسد صلاته، ذكره في " التمهيد ".

فإن قلت: لو لم يذكر قراءة التشهد في القعدة الأولى، وهي واجبة أيضا، كذا ذكره في باب سجود السهو من الكتاب.

قلت: لم يلزم ذلك جميع الواجبات، قاله السغناقي. قلت: يجوز أن يكون تركه ههنا إشارة إلى أنها سنة، كما قاله البعض، كما ذكرنا.

م: (وقراءة التشهد في القعدة الأخيرة) ش: وكعن أبي يوسف روايتان م: (والقنوت في الوتر) ش: في " المبسوط ": قنوت الوتر سنة م: (وتكبيرات العيدين) ش: وفي " المبسوط " سنة م: (والجهر فيما يجهر) ش: أي في الصلاة التي يجهر فيها، كالمغرب والعشاء والصبح م: (والمخافتة فيما يخافت فيه) ش: أي في الصلاة التي يخافت فيها بالقراءة، كالظهر والعصر، هذا في حق الإمام دون المنفرد.

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل وجوب هذه الأشياء المذكورة م: (تجب سجدة السهو بتركها) ش: أي بترك هذه الأشياء المذكورة ساهيا تجب سجدتا السهو لأن سجود السهو لا يجب إلا بترك الواجب. م: (هذا هو الصحيح) ش: أي وجوب سجود السهو بترك كل واحد من الأشياء المذكورة هو الصحيح. واحترز به عما ذكر في " المبسوط " من جواب القياس في تكبيرات العيدين والقنوت إذا تركهما لا يجب سجود السهو. وكذا القياس في قراءة التشهد في القعدة الأولى لما أنها أذكار، وبنى الصلاة على الأفعال فلا يدخل كثير نقصان.

وفي " **الاستحسان** " وجوب سجود السهو تضاف إلى الصلاة، حيث قال: تكبيرات العيد." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/١٦٢

"وجه **الاستحسان** ما رويناه، وإنه من المشاهير، وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض القيام، فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم إذا تقدم على الإمام،

وإن لم ينو إمامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها؛ لأن الاشتراك لا يثبت دونها عندنا.

ـــــــQالصلاة لترك الركن أو لوجود ما يناقضها ولم يوجد.

م: (وجه **الاستحسان** ما رويناه) ش: وهو قول أبي مسعود أخروهن من حيث أخرهن الله. وجه الاستدلال به أن الرجل إن أخطأ مكانه ففسدت صلاته كما إذا تقدم على الإمام، وهذا لأن مقامه قدام المرأة للخبر المذكور، فلما حاذته لزم ترك فرض الإمام وهو تأخير المرأة عنه فسدت صلاته دون صلاة المرأة؛ لأن المأمور بالتأخير الرجل دون المرأة.

م: (وأنه من المشاهير) ش: أي وإن الخبر المذكور من الأخبار المشهورة. هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال: هذا خبر الواحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتم به فرض القيام؟ فأجاب عنه بقوله: وأنه من المشاهير، وليس بخبر الواحد فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء، بل يثبت باعتبار أنه وقع بيانا لما تضمنه كتاب الله بقوله: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾ [البقرة: ٢٢٨] (البقرة: الآية ٢٢٨) ، فألحق بالكتاب فأخذ حكمه. أقول: هذا كله إذا ثبت كون الخبر المذكور حديثا مرفوعا ولم يثبت ذلك كما ذكرنا.

م: (وهو المخاطب به دونها) ش: هذا جواب عن وجه القياس وتقريره أن يقال: لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته؛ لأنه المخاطب به أي؛ لقوله أخروهن من حيث أخرهن الله م: (دون المرأة) ش:.

فإن قلت: إذا كان هو مأمورا بتأخيرها وتكون هي أيضا مأمورة بالتأخير؛ لأن التأخير لازم التأخر فينبغي أن تفسد صلاتها. فإن قلت: لا نسلم أنها مأمورة قصدا بل هي مأمورة ضمنا، وما ثبت ضمنا دون ما ثبت قصدا، ففسدت صلاته دون صلاتها، وأيضا كان يمكن له أن يتقدم خطوة أو خطوتين، ولا يتأخرها، فيكون هو المقصر وإلى هذا أشار بقوله: (فيكون هو التارك لفرض القيام) ش: وهو تقديمه عليها م: (فتفسد صلاته دون صلاتها) ش: لعدم التقصير منها م: (كالمأموم إذا تقدم على الإمام) ش: وهذا القياس مستقيم على قول الشافعي وأحمد؛ لأنهما يقولان بفساد المأموم إذا تقدم على إمامه خلافا لمالك وإسحاق. وقال الثوري: المناولة بالعقب على المذهب، وفي الوسط الاعتبار بالكعب.

م: (وإن لم ينو إمامتها لم تضره) ش: أي لم ينو الإمام إمامته المرأة تضره المحاذاة لعدم الاشتراك م: (ولا تجوز صلاتها) ش: أي صلاة المرأة م: (لأن الاشتراك) ش: بين الإمام وبينها م: (لا يثبت دونها عندنا) ش: أي دون النية؛ لأن نيته إمامتها يشترط لفساد صلاة الرجل عند المحاذاة عندنا.." [1]

". . . . .

ـــــــQخمسة: واحد عن يمينهن، وآخر عن يسارهن، وثلاثة خلفهن، وثلاثة إلى آخر الصفوف. ولو كان صف تام من النساء خلف الإمام ووراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها. وفي " الذخيرة " و " المحيط " و " التحرير ": وهذا استحسان، وفي القياس: تفسد صلاة واحد من الرجال خلف النساء للحائل في حق باقي الصفوف.

قلت: هذا استحسان في **الاستحسان**؛ لأن الفساد في الأصل المحاذاة استحسان، والأصل في الحائل وصف النساء قول عمر - رضي الله عنه - من كان بينه وبين الإمام طريق أو نهر أو صف من نساء فليس هو مع الإمام، ذكره في " المحيط و " الذخيرة " وغيرهما، وقال: يرويه كعب بن أبي سليم وهو ضعيف عن تميم وهو مجهول، ورفعه لا أصل له.

وفي " المحلى " لابن حزم عن عمر من كان بينه وبين الإمام نهر أو حائط أو طريق فليس مع الإمام. قال الأسبيجابي: الصف التام من النساء يفسد صلاة من خلفهن ولو كانوا عشرين صفا.

وفي " المفيد " و " المزيد ": ولو كان ألف صف إذا كن في صلاة الإمام، وهو الذي يمنع صحة الاقتداء هو الذي لا يغير إلا بحيلة كالبحر وغيره. وقيل: ما تجري فيه سواء كان فيه ماء أو لم يكن ذكره في " المفيد ". وفي " المختصر " و " البحر المحيط ": السواقي تمنع كالأنهار عند أبي يوسف، ورواية عن أبي حنيفة، وقال محمد: لا يمنع إلا ما تجري فيه السفينة والزورق وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في " المنتقى "، قال صاحب " الذخيرة ": وهو الصحيح، وفي " المحيط ": وهو الأصح.

وعن أبي يوسف إن كان يمكن الشمس في بطنه كان عظيما، ومن المشايخ من قال: إذا كان لا يمكن الرجل القوي أن يحاذه بوثبة فهو مانع، ولو كان على عدة صفوف متصلة لا يمنع عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وفي الحوض إن وصلت النجاسة إلى الجانب الآخر يمنع، ذكره الإمام أبو نصر الصفار، والطريق العريضة ما تمر به العامة ويمر به الواحد أو الاثنان خاصة، وقيل ما تمر به العجلة وحمل البعير والمحمل.

١ -

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٣٥٠

فروع أخرى: وفي " المحيط ": إذا كان يصلي في الصحراء وبينه وبين إمامه قدر صفين يمنع وأقل لا، وفي " الذخيرة " عن الفقيه أبي القاسم الصفار: مانع والبعد بينه وبين إمامه في المسجد لا يمنع إذا لم يشتبه حال إمامه عليه، والمصلي بمنزلة المسجد في هذا وفي جوامع الفقيه: البيت والدار ومصلى العيد والجنازة بمنزلة المسجد كذا عن أبي يوسف بخلاف الصحراء.

وقال أبو الحسن علي الصفدي: البيت لها كالمسجد للرجل كما في سجدة التلاوة، وفي " مختصر البحر المحيط ": المسافة التي تمنع الاقتداء في الصحراء تمنعه في البيت.

قال: والأصح أنه يجوز صلاة جماعة في خان القاضي، أو خان السبيل والباب المغلق يجوز الاقتداء، وإن لم تتصل الصفوف، وهو جواب القاضي الحاكم ببخارى، وقيل: لا يجوز به لو." (١)

"ومن ظن أنه أحدث فخرج من المسجد، ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة، فإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي، والقياس فيهما الاستقبال، وهو رواية عن محمد – رحمه الله – لوجود الانصراف من غير عذر، وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح، ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته، وألحق قصد الإصلاح بحقيقته.

ــــــQويقوم مقدم قيام الإمام ومقدار ركوعه وسجوده، ولو زاد أو نقص فلا يضره ولا يلزمه السهو لأنه لاحق، إلا إذا انتهى إمامه فيتابعه في الموضع الذي سجد إمامه، ثم يقضي آخر صلاته، ولو لم يشتغل بقضاء ما سبق أولا فيتابع الإمام جاز فيقضي ما سبق الإمام بعد تسليم الإمام؛ لأن ترتيب أفعال الصلاة ليس بشرط عندنا خلافا لزفر – رحمه الله –.

[حكم من ظن أنه أحدث فخرج من المسجد ثم علم أنه لم يحدث]

م: (ومن ظن أنه أحدث فخرج من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة) ش: لأن الانصراف عن القبلة بلا عذر مفسد فيلزمه الاستقبال م: (فإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي) ش: من صلاته؛ لأن السجود وإن تباعدت أطرافه بمنزلة مكان واحد. بدليل صحة الاقتداء وعدم تكرر وجود سجدة التلاوة. م: (والقياس فيهما الاستقبال) ش: أي فيما إذا خرج من المسجد وفيما إذا لم يخرج م: (وهو) ش: أي القياس م: (رواية عن محمد – رحمه الله – لوجود الانصراف) ش: أي الانصراف عن الصلاة. وفي " الذخيرة ": أي الانحراف عن القبلة م: (من غير عذر) ش: وهذا وجه القياس. وفي " الجامع الصغير "

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٣٥٣

لقاضي خان: إذا كان يمشي في المسجد ووجهه إلى القبلة بأن كان باب المسجد على حائط القبلة، فأما إذا أعرض عن القبلة فسدت صلاته، وإن كان في المسجد إذ هو انحراف عن القبلة بغير عذر. وفي ظاهر الرواية لم يفصل بينهما إذا مشى في المسجد مستقبل القبلة أو انحرف عن القبلة وإطلاق صاحب الكتاب يحمل على ه ذا.

م: (وجه **الاستحسان** أنه انصرف على قصد الإصلاح) ش: أي على قصد إصلاح صلاته لا رفضها م: (ألا ترى) ش: تنبيه على ما ذكره من أن انصرافه على قصد الصلاح م: (أنه) ش: أي أن [الظن] الذي ظن أنه أحدث م: (لو تحقق ما توهمه) ش: من ظن حصوله الحدث م: (يبني على صلاته) ش: ولا يقطعها، والتأويل أن بين خطأ في آخر الأمر قد يعتبر في بعض الأحكام، كتأويل أهل البغي في دماء أهل الحق وأموالهم إذا كانت لهم قوة ومنعة حتى لا يضمنون شيئا من ذلك م: (وألحق قصد الإصلاح بحقيقته) ش: أي ألحق قصد الإصلاح بحقيقة الإصلاح، أعني أن الحدث المتوهم لو كان متحققا كان يبني فكذا في هذه الصورة.

فإن قلت: إذا كان قصد الإلحاق ملحقا بحقيقته ينبغي أن يبني إذا خرج من المسجد أيضا.

قلت: هذا ليس بمطلق بل في هذه الصورة لأنه إذا خرج يختلف المكان من غير عذر وهو يبطل لتحريمه أشار إليه بقوله.." (١)

"صلاة الإمام فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير أن الإمام لا يحتاج إلى البناء والمسبوق محتاج إليه، والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام؛ لأنه منه والكلام في معناه، وينتقض وضوء الإمام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة.

ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي أحدث فيها؛ لأن إتمام

ــــــــ صلاة الإمام) ش: لأنها تبطل الطهارة، وهي شرط للصلاة م: (فتفسد) ش: بضم التاء أي فتفسد القهقهة م: (مثله) ش: أي مثل ذلك الجزء م: (من صلاة المقتدي) ش: لابتنائها عليها م: (غير أن الإمام لا يحتاج إلى البناء) ش: هذه إشارة إلى بيان الفرق [الذي] بين صلاة الإمام وصلاة المسبوق، مع أن القهقهة لاقت بجزء من صلاة كل واحد منهما، ومع هذا لا تفسد صلاة الإمام وتفسد [صلاة] المسبوق وذلك لأن القهقهة وجدت في حق الإمام بعد انتهاء الأركان، فجعلت عفوا فلا يحتاج إلى البناء م: (و ا لمسبوق محتاج إليه) ش: أي إلى البناء لأنها وجدت في خلال صلاته، فتفسد ذلك الجزء الذي لاقته

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٣٨٦

ففسدت صلاته أصلا لعدم قدرته على البناء.

م: (والبناء على الفاسد فاسد) ش: كان هذا جواب عما يقال: لم لا يبني المسبوق أيضا؟ فقال: كيف يبني على الفاسد وهو الجزء الذي لاقته القهقهة في خلال صلاته؟ والبناء على الفاسد فاسد م: (بخلاف السلام) ش: لأنه لا يبطل شيئا من أجزاء الصلاة على الإمام لأنه لا يبطل بشرط الأداء وهو الطهارة م: (لأنه منه) ش: أي لأن السلام سنة للصلاة وهو من الإنهاء ومعناه متمم للصلاة ومحلل إذا وجد في أوان التحليل، ولهذا لا ينتقض به الطهارة، وفي " المجتبى " المراد من النهي ما يكون مستحقا بالتحريمة، إما بصفة الاتصال كالسلام أو الانفصال كالخروج.

وفي " مبسوط شيخ الإسلام ": السلام منه لا يفسد لأنه قاطع، والقاطع في أوانه منه، وفي غير أوانه مبطل، وهاهنا في أوانه فيكون منهيا لا مفسدا م: (والكلام في معناه) ش: أي في معنى السلام لأنه إنما جعل منهيا باعتبار أنه كلام لا باعتبار أنه ثناء فعلم أنه معناه، ولهذا لو قالوا: لو حلف لا يكلم فلانا فسلم يحنث. م: (وينتقض وضوء الإمام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة) ش: وعند زفر لا ينتقض وهو القياس؛ لأنها إنما تنقض الوضوء إذا فسدت الصلاة، وهاهنا لم تفسد صلاة الإمام فلا ينقض وضوءه. وجه **الاستحسان** أنها أفسدت الجزء الملاقي لها من الصلاة لوقوعها في حرمة الصلاة فانتقض الوضوء أيضا بناء على فساد ذلك الجزء؛ لأنها لم تؤثر في فساد باقي الصلاة لانتهاء الأركان.

[حكم من أحدث في ركوعه أو سجوده]

م: (ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى على صلاته ولا يعتد بالتي أحدث فيها) ش: أي الركعة التي أحدث فيها أو بالسجدة ولا يعتد من الاعتداد أي لا يعتبر، وفي بعض النسخ ويعيد بالتي أحدث فيها، من الإعادة والمعنى قريب لأن عدم الاعتداد يستلزم الإعادة م: (لأن إتمام." (١)

"ثم شرط التكرار في الأصل؛ لأنه ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه، ولم يشترط في الجامع الصغير؛ لأن الكلام بنفسه قاطع وإن قل،

وإن فتح على إمامه لم يكن كلاما مفسدا استحسانا؛ لأنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى وينوي الفتح على إمامه دون القراءة

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٣٩٩

ـــــــوذلك ابن أبي شيبة في " سننه " وهو قول الجمهور. وقال ابن قدامة: قال أبو حنيفة: إن فتح على الإمام بطلت صلاته.

قلت: هذا ليس بصحيح. وقال الأترازي: بمعنى أن لا يجوز الفتح على الإمام أصلا؛ لما روي عن ابن إسحاق عن الحارث عن علي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «يا علي لا تفتح على إمامك في الصلاة» .

قلت: ذاك حديث مطعون فيه طعنه أبو داود في " السنن " وقال: لم يسمع أبو إسحاق من الحارث إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها.

قلت: كان قصده من إيراد مثل هذا تطويل الكلام بلا فائدة، وكان ينبغي أن يقول: وما روى الحارث عن علي.. إلى آخره غير صحيح؛ لأن الحارث ضعيف، وأيضا قد صح عن علي خلاف هذا وقد ذكرناه.

- ١

م: (ثم شرط التكرار) ش: وهو أن يفتح غير مرة م: (في الأصل) ش: أي في " المبسوط " وذكر فيه إذا فتح غير مرة فسدت صلاته، وهذا إشارة إلى أنه ما لم يتكرر لا تفسد م: (لأنه) ش: أي لأن التكرار م: (ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه) ش: كالخطوة والخطوتين.

م: (ولم يشترط) ش: أي التكرار م: (في " الجامع الصغير " لأن حكم الكلام نفسه قاطع وإن قل) ش: أي الفتح يكون مفسدا بنفسه.

[حكم الفتح على الإمام]

م: (وإن فتح على إمامه لم يكن كلاما استحسانا) ش: أي من حيث **الاستحسان**؛ لأن القياس يأباه، وإطلاق هذا دليل على أنه إذا قرأ الإمام مقدار ما تجوز به الصلاة أو لم يقرأ لا تفسد صلاتهما بالفتح، والأخذ ويؤيد هذا ما ذكره قاضي خان في فتاواه وقال: وإن قرأ الإمام مقدار ما تجوز إلا أنه توقف ولم ينتقل إلى آية أخرى حتى فتح المقتدي اختلفوا فيه والصحيح أنه تفسد صلاة الفاتح، وإن أخذ الإمام لا تفسد صلاتهم وعن قريب يجيء مزيد الكلام فيه.

م: (لأنه) ش: أي لأن الإمام م: (مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا) ش: أي الفتح م: (من أعمال

صلاته معنى) ش: أي من حيث المعنى، وأراد أنه اشتغال بالقراءة، والقراءة من أعمال الصلاة م: (وينوي الفتح) ش: أي ينوي الفاتح الفتح م: (على إمامه دون القراءة) ش: لأنه ممنوع من." [1]

"ولو قرأ في إحدى الأوليين لا غير قضى أربعا عندهما،

ـــــــه" الجامع الصغير " وأسنده عن أبي يوسف إلى أبي حنيفة، فلما عرض على أبي يوسف استحسنه وقال حفظ أبو عبد الله مسائل خطأه في روايتها عنه، فلما بلغ ذلك محمدا قال: بل حفظها ونسي وهي ست مسائل:

إحداها: هذه المسألة وهي رجل صلى التطوع أربعا وقرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين لا غير، روى محمد أنه يقضي أربعا، وقال أبو يوسف إنما رويت له ركعتين. وقال فخر الإسلام واعتمد مشايخنا رواية محمد، وقال أيضا يحتمل أن يكون ما حكى أبو يوسف من قول أبي حنيفة، قياسا، وما ذكر محمد استحسانا ذكر القياس **والاستحسان** في الأصل ولم يذكر في " الجامع الصغير ".

والمسألة الثانية: مستحاضة توضأت بعد طلوع الشمس تصلي حين يخرج وقت الظهر، وقال أبو يوسف إنما رويت لك حتى يدخل وقت الظهر.

والثالثة: المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المالك البيع بعد العتق، وقال أبو يوسف إنما رويت لك لأنه لا ينفذ.

والرابعة: المهاجرة لا عدة عليها وتنكح، إلا أن تكون حبلى فلا يجوز نكاحها وقال أبو يوسف إنما رويته أنها تنكح ولكن لا يقربها زوجها حتى يضع حملها.

والخامسة: عبد بين اثنين قتل مولاهما عمدا فعفى أحدهما بطل الدم كله، قال أبو يوسف ومحمد يدفع ربعه إلى شريكه أو يفديه بربع الدية، وقال أبو يوسف إنما حكيت له عن أبي حنيفة كما حكى عنهما، وإنما الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه عمدا وله اثنان فعفى أحدهما، إلا أن محمدا ذكر الاختلاف فيهما، وذكر قوله تفسد مع أبي يوسف في المسألة الأولى، ومع أبي حنيفة في المسألة الثانية.

والسادسة: رجل مات وترك ابنا وعبدا له لا غير، فادعى العبد أن الميت كان أعتقه في صحته، وادعى رجل على الميت بألف درهم وقيمة العبد ألف، فقال الابن صدقتهما يسعى العبد في قيمته وهو حر ويأخذه الغريم بدينه. وقال أبو يوسف إنما رويت له أنه عبد ما دام يسعى في قيمته.

قال في " المبسوط " وغيره: اعتماد المشايخ على رواية محمد، والمذهب أن الراوي إذا أنكر روايته لا يبقى

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٤١٥

حجة خلافا لمحمد والشافعي ذكره السرخسي والبزدوي في أصول الفقه.

م: (ولو قرأ في إحدى الأوليين لا غير قضى أربعا عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف هذه المسألة السابعة وهي أن يقرأ في أحد الركعتين الأوليين ولم يقرأ في الركعتين." (١)

"لأنه عهد مشروعا في الصلاة وإن افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله - وهذا استحسان، وعندهما لا يجوز به وهو قياس، لأن الشروع معتبر بالنذر له أنه لم يباشر القيام فيما بقي، ولما باشر صحت بدونه

ـــــــيحتبي، وفي " شرح الطحاوي ": وفي قول زفر يجلس كما يجلس في التشهد وفي حال التشهد يجلس كما يجلس في التشهد بالإجماع. وفي " الذخيرة ": يقعد في التشهد كما يقعد في سائر الصلاة إجماعا، وعن أبي حنيفة في حالة القراءة روايتان إن شاء قعد كذلك، وإن شاء تربع وإن شاء احتبى وعن أبي يوسف أنه يحتبي، وعنه أنه يتربع إن شاء، وعن محمد أنه يتربع، وذكر خواهر زادة في باب الحدث أنه يخير بين التربع والاحتباء، وروي عن أبي حنيفة أنه يتربع في صلاة الليل من أول الصلاة إلى آخرها. وقال أبو يوسف إذا جاء وقت الركوع والسجود يقعد كما يقعد في تشهد المكتوبة.

وفي " مختصر الكرخي " عن أبي حنيفة يقعد كيف شاء وبه قال محمد وغيرهما من السلف. وروى الحسن أنه يتربع وإذا أراد الركوع يثني رجله اليسرى وافتراشها، وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أنه يركع متربعا، وذكر شيخ الإسلام الأفضل له أن يقعد في موضع القيام محتبيا، لأن عامة صلاة رسول الله - عليه السلام - في آخر عمره كان محتبيا، وفي " شرح الوجيز " الافتراش أفضل في قول، والتربع أفضل في قول، وقيل ينصب ركبته اليمنى ويفترش رجله اليسرى، وقيل: ينصب رجله اليمنى كالقارئ يجلس بين يدي المقرئ. وعند مالك يتربع، وعند أحمد يتربع في حال القيام ويثني رجليه في الركوع والسجود، وتفسير الاحتباء أن ينصب ركبتيه ويجمع يديه عند ساقيه وفي الصحاح: احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامته أو بيديه والمراد هاهنا جمعها بيديه.

م: (لأنه) ش: أي لأن قعود التشهد م: (عهد مشروعا في الصلاة) ش: فكان أولى من غيره م: (وإن افتتحها) ش: أي وإن افتتح النافلة حال كونه م: (قائما ثم قعد من غير عذر) ش: قيد به، لأنه إذا قعد بعذر جاز بالاتفاق وبغير عذر م: (جاز عند أبي حنيفة) ش: وبه قال مالك والشافعي م: (وهذا استحسان) ش:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٣٧/٢

أي قول أبي حنيفة هو استحسان.

م: (وعندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (لا يجوز به) ش: وبه قال بعض أصحاب الشافعي م: (وهو قياس) ش: أي قولهما هو القياس م: (لأن الشروع معتبر بالنذر) ش: هذا وجه القياس، لأن المشروع ملزم كالنذر، فإذا نذر أن يصلي قائما لا يجوز له أن يصلي قاعدا، فكذا إذا شرع قائما لا يجوز له أن يتم قاعدا.

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة وهو **وجه الاستحسان** م: (أنه) ش: أي أن المفتتح قائما م: (لم يباشر القيام فيما بقي) ش: من الصلاة م: (ولما باشر صحت بدونه) ش: أي لما باشر من القيام في." [1]

". . . . .

ــــــQفقد قيل لا يجوز، وقيل يجوز وهو الصحيح. وأما الاستحباب فالصحيح أنه لا يستحب، وفي " جوامع الفقه " صلى الإمام قاعدا بغير عذر يستحب للقوم القيام عندهما والقعود عنده، وإن زاد على ركعتين بتسليمة واحدة إن قعد على رأس الركعتين الأصح الجواز عن التسليمتين، وفي " الذخيرة " وقال بعض المتقدمين لا يجزئه إلا عن تسليمة واحدة، وإن صلى ستا أو ثمانيا أو عشرا وقعد على كل شفع قال المتقدمون يقع على العدد المستحب وهو الأربع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعلى قول أبي حنيفة يقع على العدد الجائز وهو ست وثمان على ما عرف عنده والعشر عن التسليمات الخمس في رواية شاذة عنه، وفي رواية الجامع أربع ركعات بتسليمة واحدة، وفي " الذخيرة " لا يجزئه إلا عن ركعتين في قول بعض المتقدمين. وقال بعضهم حتى صلى عددا بتسليمة واحدة وهو مستحب في صلاة الليل فكلا الركعتين يجزئ عن تسليمة، فإن كان بعضها غير مستحب إنما يجزئ عن المستحب، وما كان في استحبابه اختلاف فكان في هذا أيضا اختلاف.

ولو لم يقعد على رأس الشفع الأول القياس أنه لا يجوز وبه أخذ محمد وزفر ورواية عن أبي حنيفة، وفي " **الاستحسان** ": يجوز وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف، وإذا جاز هل يجوز عن تسليمة واحدة أم تسليمتين الأصح جوازه عن تسليمة واحدة، وهو اختيار أبي بكر محمد بن الفضل والفقيه أبي جعفر وأبي علي النسفي والصدر الشهيد، وقيل: عند أبي حنيفة عن تسليمتين، وعند أبي يوسف عن تسليمة واحدة ذكره في " الذخيرة ". وقال النووي: لو صلى أربعا لم يصح، قال ذكره حسين في " فتاويه ".

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٥٤٢

ولو صلى ثلاثا بقعدة واحدة لم يجز عند محمد وزفر، واختلفوا على قولهما قيل لا يجزئه لأنه لا أصل لها في النوافل، وقيل يجزئه عن تسليمة واحدة كالمغرب، ثم على قول من يقول لا يجزئه عن تسليمة واحدة لا شك أنه يلزمه قضاء الشفع الأول، وهل يلزمه قضاء الشفع الثاني، عند أبي حنيفة لا يلزمه سواء شرع في الشفع الثاني عامدا أو ساهيا، وعند أبي يوسف ينظر إن شرع عامدا يجب، وإن شرع ساهيا لا يجب بالاتفاق بين أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الشفع الأول لو صح شروعه في الشفع الثاني صح إكماله، حتى لو صلى التراويح عن تسليمات في كل تسليمة ثلاث ركعات بقعدة واحدة جاز وتسقط عنه التراويح، وعند محمد وزفر لا تسقط.

ولو صلى الكل بتسليمة واحدة وقعدة عند كل ركعتين الأصح أنه يجزئه عن الترويحات أجمع. قال السغناقي: وهو المختار، وإن لم يقعد اختلفت فيه الأقوال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأصح أنه يجزئه عن تسليمة واحدة. وفي " الذخيرة " إذا صلاها ثلاثا ولم يقعد في الثانية فصلاته باطلة في القياس وهو قول محمد وزفر ورواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه." (١)

". . . . .

ـــــقضاء ركعتين. وفي " **الاستحسان** ": هو قولهما اختلف المشايخ، فقد قيل: يجوز عن تسليمة وقيل: لا يجوز أصلا وكذا الخلاف في غير التراويح إذا انتفل بثلاث ولم يقعد في الثانية إذا شرع في شفع من التراويح ثم أفسده ثم قضاه فلا شيء عليه.

وإذا وقع الشك في أن الإمام هل صلى عشرا أو صلى تسعا فالصحيح من المذهب أن يصلوا ركعتين فرادى فرادى فتصير عشرا بيقين ولا يؤديها جماعة بفصل بعض التسليمتين عن البعض جاز من غير كراهة والأفضل التسوية.

وأما تطويل الثانية على الأولى في الركعتين إن كان بآية طويلة أو آيتين لا يكره، وإذا زاد كره، ولو قرأ في الثانية سورة آياتها أكثر مما قرأ في الأولى ويزيد على ثلاث آيات إن كان آياتها قصارا وآيات مما قرأ في الأولى طوالا ويحصل القرب بينهما في الكلمات والحروف فلا بأس به.

ولو اقتدى بمن يصلي مكتوبة أو وترا أو نافلة غير التراويح قال في " المحيط " قيل يجوز والأصح أنه لا يجوز، كذا في " الذخيرة "، وعلى هذا إذا بناها على السنة بعد العشاء فالصحيح أنها لا تصح إذا فاتته ترويحة أو ترويحتان، وقام الإمام إلى الوتر هل يأتي بالترويحات الفائتة أو يتابع إمامه في الوتر، ذكر في "

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٥٥٩

الواقعات " الناطفي عن أبي عبد الله الزعفراني أنه يوتر معه ثم يقضي ما فاته من الترويحات، وذكر في " مختصر البحر " عن الكرابيسي إذا لم يصل الفرض معه لا يتبعه في التراويح ولا في الوتر، وكذا إذا لم يتبعه في التراويح لا يتبعه في الوتر مع الإمام، ولو ترك الجماعة في الفرض؛ فليس له أن يصلي التراويح في جماعة لأنها تبع للجماعة، ولو لم يصل التراويح مع الجماعة فله أن يصلي الوتر معه إذا صلى الترويحة الواحدة إمامان كل واحد بتسليمة قيل لا بأس به، والصحيح أنه لا يستحب ذلك، ولكن كل ترويحة يؤديها إمام واحد ولا بأس بالتراويح في مسجدين لكن يوتر في الثاني، واختلفوا في الإمام والصحيح أنه لا يكره.

وفي " المحيط " و " الواقعات ": إذا صلى الإمام في مسجدين في كل واحد منهما على الكمال لا يجوز لأن السنن لا تتكرر في وقت واحد، فإن صلوها مرة ثانية يصلونها فرادى. وفي " الفتاوى ": إذا لم يختم إمام مسجده هل يذهب إلى مسجد آخر يختم فيه قيل لا، والصلاة في مسجد نفسه أولى، ولو قال الإمام بعد السلام صليت ركعتين، وقال القوم ثلاثا، قال أبو يوسف: يعمل بقوله، وقال محمد: يعمل بقولهم، ولو شك وأخبره عدلان يأخذ بقولهما، ولو شكوا أنه صلى عشر تسليمات أو تسعا قيل: يوترون وقيل: يصلون بجماعة تسليمة، والأصح أداؤها فرادى، ولو افتتحها أو الوتر فتابعه ثم ظهر أنه صلى التراويح قال النسفي: إنه أجزأه.." (١)

"قيل: تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت. وقيل: لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون،

ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الأظهر، فإنه روي عن محمد - رحمه الله - فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة

ــــــــQشهر أو سنة مجانة وفسقا، ثم يقبل على الصلاة ندما على سوء صنيعه، ثم يترك أقل من صلاة يوم وليلة فهل يجوز له الوقتية مع تذكر ما فات أقل من يوم وليلة. اختلفوا فيه إشارة إليه بقوله.

م: (قيل: تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت) ش: الجواز هو القياس، لأن الحديثة ليس أداؤها بأحق من القديمة فتحقق كثرة الفوائت وهي مسقطة للترتيب

م: (وقيل: لا تجوز) ش: أي الوقتية بذكر الحديثة، وهو **الاستحسان** م: (ويجعل الماضي) ش: وهو القديمة م: (كأن لم يكن) ش: يعني كأن لم يفت م: (زجرا له عن التهاون) ش: أي لأجل الزجر لهذا المصلي عن الكسل والتهاون في إقامة الصلاة في وقتها وإلى الجواز، قال أبو جعفر الكبير وعليه الفتوى.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٥٦٠

وفي " المحيط " القول الأصح هو الأول، وفي " المجتبى " الثاني هو الأصح، والقول الأول هو الأحوط. وقيل: يجب الترتيب لأن المعصية لا تصير سببا للتخفيف، وفي " الذخيرة " لا يجب الترتيب عند أبي حنيفة خلافا لهما.

م: (ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب) ش: صورته أن يترك الرجل صلاة شهر ثم قضاها إلا صلاة أو صلاتين، ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية، أو لم يجز، عن محمد فيه روايتان، في رواية يجوز، واختارها شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام علي البزدوي، فإنهم قالا متى سقط الترتيب لم يعد في أصح الروايتين، ولهذا أخذ أيضا أبو حفص الكبير، وفي رواية لا يجوز، وإليها مال بعض المشايخ، إشارة إليه بقوله م: (عند البعض) ش: أي عند بعض المشايخ، منهم أبو علي الدقاق والفقيه أبو جعفر، واختاره المصنف أشار إليه بقوله م: (وهو الأظهر) ش: أي عود الترتيب هو الأظهر، وجه ذلك من وجهين، الأول من وجه الدراية، وهو أن علة السقوط الكثرة المفضية إلى الحرج ولم يبق بالعود إلى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته، فكان كحق الحضانة بالزوج، ثم ارتفعت الزوجية فإن الحق يعود.

الثاني: من وجه الرواية، أشار إلى هذا الوجه بقوله م: (فإنه روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة) ش: يعني يقضي الفجر بالفجر، والظهر بالظهر،." (١)

"حتى لو صلى ست صلوات، ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزة، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز لها بحال، وقد عرف ذلك في موضعه،

ـــــــQ (حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر) ش: أي الظهر التي كان تركها وصلى العصر ذاكرا لها م: (انقلب الكل) ش: أي الصلوات م: (جائزا) ش: ولو أعاد الظهر لانقلب جائزا م: (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: وهو استحسان، وفي " المبسوط " تفسيره لو صلى المتروكة قبل السادسة فيه الخمس عنده.

قال شمس الأئمة - رحمه الله -: هذه هي التي يقال لها واحدة تفسد خمسا وواحدة تصحح خمسا، فالواحدة المصححة الخمس في السادسة قبل قضاء المتروكة، والواحدة المفسدة للخمس هي المتروكة يقضي قبل السادسة، وجه **الاستحسان** أن الكثرة صفة لهذه الجملة من الصلوات، فإذا ثبتت صفة استندت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٥٩٤

إلى أولها بحكمها وهو سقوط الترتيب، فسقط الترتيب في آحادها كما سقط في أغيارها، وهذا كمرض الموت لما ثبت له هذا الوصف بإيصاله بالموت أسند إلى أوله بحكمه م: (وعندهما يفسد) ش: أي العصر م: (فسادا باتا) ش: بتشديد المثناة من فوق أي قطعا، وفسره بقوله (لا جواز له بحال) ش: من الأحوال وهذا هو القياس، ووجهه أن سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم العلة يتأخر عن علة سقوط الترتيب إنما يكون مما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها.

فإذا ما قلت: وجه **الاستحسان** حصل لك الجواب عن وجه القياس على أن وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - أن وجه نص التنزيل يقتضي جواز الوقتية في الوقت، والحديث يمنع الجواز ليتوقف الجواز على زوال المانع، ووقف الجواز على سنن أمر في الموقف غير متكفر في الشرع، كما قلنا في مغرب صلاها بعرفات يتوقف حكمها إن أفاض إلى المزدلفة في وقت العشاء انقلبت نفلا ولزمته إعادتها مع العشاء في المزدلفة، وإن لم يأت وأتى مكة من طريق آخر وأتى المزدلفة بعد الإصباح يقع المغرب فرضا وكذا ظهر من صلاها يوم الجمعة في منزله، وكذلك صاحبة العادة إذا انقطعت عادتها فما دون عادتها وصلت صلوات ثم عاودها الدم تبين أن الصلوات لم تكن صحيحة وإن لم يعاودها كانت صحيحة، وكذلك إذا زاد على أيام عادتها، فإذا انقطع لتمام العشرة وطهرت بعد ذلك خمسة عشر يوما تبين أن الكل حيض وليس عليها قضاء الصلوات، وإن جاوز كان عليها قضاء الصلوات، فعلم أن توقف الصلوات على أمر في المستقبل مشروع يستعمل فيما بحرفه.

م: (وقد عرف ذلك في موضعه) ش: أي في كتاب الصلوات في " المبسوط "، صورته ترك صلاة ثم صلى بعدها واحدة وثانية وثالثة ورابعة وخامسة فسدت الخمس كلها عندهما، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - هي موقوفة قد ذكرناها عن قريب.." (١)

"لأنها واجبة،

أو القنوت، أو التشهد أو تكبيرات العيدين؛ لأنها واجبات، فإنه - عليه السلام -: واظب عليها من غير تركها مرة، وهي أمارة الوجوب؛ ولأنها تضاف إلى جميع

ـــــــQالتفاريق "كذلك في تكرار التشهد يعني إن كره في القعدة الأولى فعليه السهو، وإن كره في الثانية فلا سهو عليه، وفي " العيون " إذا تشهد مرتين فلا سهو عليه، ومثله في " المحيط ". ولو قرأ الفاتحة وآية قصيرة فعليه السهو، وإن أخر الفاتحة عن السورة فعليه السهو.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٥٩٩

وفي " الذخيرة " و " العيون ": لو قرأ آية في ركوعه أو سجوده أو القومة أو القعود فعليه سجدتا السهو ولو تشهد في ركوعه أو سجوده أو القومة فلا سهو عليه. وذكر الناطفي في " أجناسه " عن محمد لو تشهد في قيامه قبل قراءة الفاتحة لا سهو عليه، وبعدها يلزمه وهو الأصح، وفي " المحيط " و " العيون " لو تشهد في ركوعه أو سجوده يلزمه السهو.

م: (أو القنوت) ش: أي ترك القنوت، ولو تذكره بعدما سجد عليه السهو، وكذا بعدما رفع رأسه من الركوع ويمضي ولا يقنت، ولو تذكر في الركوع ففي عوده إلى القنوت روايتان، ذكره في " المبسوط " وفي " الذخيرة "، وفي " الينابيع " وسجد للسهو فيهما أو التشهد أي ترك لو قعد قدر التشهد في الركعة الأخيرة، ولم يتشهد فعن أبي يوسف روايتان في سجود السهو، ولو ترك بعض التشهد يجب السهو، وفي " الفتاوى الظهيرية " قرأ التشهد قائما إن كان في الركعة الأولى لا يلزمه شيء، وإن كان في الثانية اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يجب م: (أو تكبيرات العيد) ش: أي أو ترك تكبيرات العيد. وفي " التحفة " والعيد لا يجب السهو بترك الأذكار. قال " الأسبيجابي " كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود لمجاريها إلا في أربعة وهي القراءة والقنوت والتشهد الأخير وتكبيرات العيدين. وفي " الأسبيجابي " إلا في خمسة وزاد تأخير السلام، وأطلق التشهد ولم يقيده بالآخر، ثم قال ويجب بتركه فيهما. وفي " التجريد و " مختصر البحر " لو ترك تكبيرة الركوع من صلاة العيد يجب السهو. قال " صاحب المحيط " والظاهر أنه أراد تكبيرة به الركوع الثاني، لأنه تبع لتكبيرات العيد، وفي " البدائع " لو زاد في تكبيرات العيدين يسجد، رواه الحسن عن أبي حنيفة.

م: (لأنها) ش: أي لأن القنوت والتشهد وتكبيرات العيدين م: (واجبات فإنه – عليه السلام – واظب عليها) ش: أي على هذه الأشياء م: (من غير تركها مرة) ش: ومواظبة النبي – عليه السلام – عليها معروفة، ولم ينقل الترك، وفي " المبسوط " ترك التشهد في القعدة الأولى أو قنوت الوتر أو تكبيرات العيدين الفائتة لا يسجد للسهو، لأن هذه الأركان سنة وبتركها لا يكون كثير من النقصان، كما إذا ترك الثناء والتعوذ، وفي **الاستحسان** يجب كما ذكره المصنف.

م: (وهي) ش: أي مواظبة النبي – عليه السلام – م: (أمارة الوجوب) ش: بفتح الهمزة، أي علامة للوجوب

م: (ولأنها) ش: أي ولأن القنوت والتشهد وتكبيرات العيد م: (تضاف إلى جميع." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦١١/٢

"وفيها سجدة السهو، وهو الصحيح

ـــــــإليه هاهنا فلا يندفع الإشكال إلا بهذا، ويحمل كلامه على السهو والخطأ فحمل كلامه على هذا الذي قررناه أحسن من حمله على السهو، وفي " النهاية " والأوجه فيه أن يحمل كلامه على رواية الحسن عن أبي حنيفة بأنه يجوز الصلاة بدون القعدة الأخيرة، وذكره في " الأسرار ".

قلت: هذا إنما يتمشى إذا كان المصنف ذهب إليه لظاهر المذهب خلاف ذلك، ويبعد عنه أن يكون هذا مذهبه.

وقال الأكمل: وأجيب بأن المراد بتركها تأخيرها بالقيام إلى الخامسة، فإن في التأخير نوع ترك، وتأخير الركن يوجب السجدة.

قلت: هذا جواب بعضهم نقله صاحب " النهاية "، ونقل عنه الأكمل ثم ينظر فيه بما حاصله أنه أراد حقيقة الترك في غيرها، ولو أريد به التأخير فيها لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وهذا النظر أيضا لغيره، ومع هذا فلقائل أن يقول بجواز الجمع بينهما عند اختلاف المحل عند بعضهم فافهم.

الجواب عن الثاني: أن قراءة التشهد في القعدة الأولى فيها اختلاف، هل هي سنة أم واجبة، فالمصنف وإن كان يراها سنة وإنما ذكر أنها هاهنا واجبة على قول من يذهب إلى الوجوب.

وعن الثالث: أن المستحيل اجتماعها مرادين وهو مما يعارض للإرادة، إلا أن يقول القرء يحتمل الحيض والطهر وهو الجواب عن الرابع.

م: (وفيها سجدة) ش: أي في ترك قراءة الفاتحة والقنوت والتشهد وتكبيرات العيدين م: (سجدة السهو وهو الصحيح) ش: أي وجوب سجدتي السهو في هذه الأشياء هو الصحيح، واحترز به عن جواب القياس في هذه الأشياء حيث لا يجب فيها شيء، كما لو ترك الثناء والتعوذ.

وقال الأكمل: قوله وهو الصحيح احترازا عما قبل قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة، وقال الأترازي: إنما قيد بالصحيح احترازا عما قال القاضي الإمام أبو جعفر الأستروشني - رحمه الله -، إن قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة.

وقال صاحب " الدراية ": هو الصحيح احترازا عن جواب القياس في التشهد، وكذا قال السغناقي ثم قال ولكن جواب الاستحسان أنه واجب.

قلت: الكل متفقون على ما ليس بمراد المصنف، فالأوجه الاستدلال الذي ذكرته على ما لا يخفى على

المصنف.

وفي " المحيط " قال الكرخي والطحاوي وبعض المتأخرين: القعدة الأولى واجبة وقراءة." (١)

"وما التزم الأداء إلا متابعا،

فإن سها المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود؛ لأنه لو سجد وحده كان مخالفا لإمامه، ولو تابعه الإمام ينقلب الأصل تبعا،

ومن سها عن القعدة الأولى، ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب

ـــــــوسط الصلاة، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «فلا تختلفوا عليه» ولو لم يسجد معه وقام إلى قضاء ما سبق ثم سلم الإمام لا يلزمه سجدتا السهو بالقياس لأنه خرج عن صلاة الإمام، وفي " **الاستحسان** " يلزمه لأن هذه الصلاة كلها واحدة من حيث التحريمة يجب الإتيان بالكل.

وقال الشافعي: لو سها الإمام فيما أدركه بعد فسجد مع الإمام إذا سجد قبل السلام.

وعن ابن سيرين أنه لا يتابعه، وإن سجد الإمام بعد السلام لم يتابعه فيه وعندنا يتابعه، ولو سجد مع الإمام قبل السلام وقضى ما عليه يعيد سجود السهو في آخر صلاته في قوله الجديد، وفي القديم لا يعيد، ولو سها ا لإمام فيما لم يدركه المسبوق يلزمه حكم سهو إمامه، وقيل لا يلزمه، ولو قام المسبوق في قضاء ما سبق ولم يسجد آتيا للسهو فعليه أن يسجد ثلاثا.

م: (وما التزم الأداء إلا متابعا) ش: وما التزم المقتدي أداء الصلاة إلا حال كونه متابعا لإمامه، فلما لم يسجد إمامه لم يسجد هو أيضا تحقيقا للمتابعة.

م: (فإن سها المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود) ش: السجود مرفوع لأنه فاعل لقوله لم يلزم م: (لأنه) ش: أي لأن المؤتم م: (لو سجد وحده) ش: أي بدون الإمام م: (كان مخالفا لإمامه) ش: قال - صلى الله عليه وسلم -: " ولا تختلفوا على المتكلم "، ولأنه لم يجز أن ينفرد بسهو نفسه فكذلك لم يجز أن ينفرد بسهو إمامه م: (لو تابعه الإمام) ش: أي لو تابع المقتدي إمامه في سجود السهو الذي سهاه المتقدي م: (ينقلب الأصل) ش: وهو الإمام م: (تبعا) ش: فلا يجوز لأنه متبوع، وهذا قلب الموضوع.

فإن قلت: سجود السہو يؤتى به في آخر الصلاة بعد السلام، فلم لا يصير إلى أن يسلم الإمام فيخرج عن متابعته ثم يسجد.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦١٣

قلت: لا يمكن ذلك، لأن السنة أن يسلم الإمام والمأموم عقبه، فإذا سجد يقع سجوده بعد خروجه من الصلاة، لأنه يخرج بسلام الإمام.

م: (ومن سها عن القعدة الأولى) ش: أي في الفرائض الثلاثية والرباعية م: (ثم تذكر) ش: أي القعدة الأولى التي تركها م: (وهو إلى حالة القعود أقرب) ش: أي والحال أنه أقرب إلى القعود من القيام، وفي " الكافي " يعتبر ذلك بالنصف الأسفل، فإذا كان النصف الأسفل مستويا كان إلى القيام أقرب وإلا لا، وفي " الجنازية " وعلامة القرب بأن لم يرفع ركبتيه من الأرض.

وفي " المحيط ": ولو رفع أليتيه من الأرض وركبتاه عليها بعد ولم يرفعهما قعد ولا سهو عليه، وفي " البدائع " إذا كان إلى القيام أقرب فلوجود القيام وهو انتصاب النصف الأعلى.." (١)

"لأن الباقي إصابة لفظ السلام وهي واجبة. وإنما يضم إليها أخرى لتصير الركعتان نفلا؛ لأن الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه - عليه السلام - عن البتيراء، ثم لا تنوبان عن سنة الظهر وهو الصحيح؛ لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة، ويسجد للسهو استحسانا

ـــــــQم: (لأن الباقي) ش: من صلاته م: (إصابة لفظ السلام وهي) ش: أي إصابة لفظ السلام م: (واجبة) ش: وترك الواجب لا يفسد الصلاة، ولكن يوجب سجدتي السهو م: (وإنما يضم إليها أخرى لتصير الركعتان) ش: الزائدتان على الأربع نفلا م: (لأن الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه - صلى الله عليه وسلم - عن البتيراء) ش: قد مر الكلام في حديث البتيراء في باب الوتر.

م: (ثم لا تنوبان) ش: أي هاتان الركعتان الزائدتان لا ينوبان، يعني لا تقومان ولا يجزئان م: (عن سنة الظهر) ش: وهي الركعتان المسنونتان بعده م: (وهو الصحيح) ش: يعني عدم إنابة هاتين الركعتين عن سنة الظهر هو الصحيح، واحترز بقوله عن قول بعض المشايخ أنهما ينوبان عن سنة الظهر وهي رواية ابن سماعة عن محمد.

وقيل: هو قول أبي يوسف ومحمد لأنه أتى بالركعتين في موضع السنة فيقومان عنها، كما قال شمس الأئمة الحلواني فيمن صلى آخر الليل ركعتين بنية التطوع على ظن أن الفجر لم يطلع فظهر أنه كان قد طلع عند افتتاحها لفظ هذا الجواب أنهما يجزئانه عن ركعتي الفجر، كذلك هنا، وإلى عدم جواز الإنابة ذهب فخر الإسلام البزدوي وأبو عبد الله الخير وشمس الأئمة وقاضي خان وجماعة من مشايخ بخارى، وقيل: هو

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧٦/٢

قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

م: (لأن المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة) ش: أي لأن مواظبة النبي - صلى الله عليه وسلم - على سنة الظهر كانت بتحريمة مبتدأة أي مستقلة لا مبنية على غيرها، لأن السنة عبارة عن طريقة النبي - عليه السلام - وهو كان يتطوع بتحريمة مبتدأة قصدا، ول أن المشروع صلاة كاملة على صفة السنة فلا يتأدى بما هو مظنون ناقصا غير مضمون.

م: (ويسجد للسهو استحسانا) ش: أي من حيث **الاستحسان**، والقياس يقتضي أن لا يسجد للسهو، لأن السهو وإن تمكن في الفريضة فقد أدى بعدها صلاة أخرى ولزم من صحة الشروع فيها الانقطاع عن الفريضة، ومن سهى في صلاته لا يسجد في صلاة أخرى.

وجه **الاستحسان** وإن انتقل من الفرض إلى التنفل بناء على التحريمة فيجعل في حق وجوب السهو، فإنهما صلاة واحدة، وهذا كمن صلى ست ركعات تطوعا بتسليمة واحدة وسهى في الشفع الأول يسجد للسهو في آخر الصلاة، وإن كان كل شفع صلاة على حدة لكن كلها في حق التحريمة صلاة واحدة.." (١)

"وهذا استحسان، والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كامل لتحقق العجز، فأشبه الجنون، وجه **الاستحسان** أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت، فيتحرج في الأداء، وإذا قصرت قلت فلا حرج، والكثير أن يزيد على يوم وليلة؛ لأنه يدخل في حد التكرار،

ـــــــوفي " البدائع ": إذا زال عقله بالمرض حتى فاتته ست صلوات لا يجب عليه القضاء، وإن كان أقل من ذلك يجب عليه القضاء. وفي " النافع " الأعذار أنواع منه ممتد جدا كالصبا يمنع وجوب العبادات، وقاصر جدا كالنوم لا يسقط شيئا من العبادات، وما يكون بين الأمرين كالجنون والإغماء إن امتد ألحق بالممتد جدا حتى سقط عنه القضاء، وإن قصر ألحق بالنوم حتى يجب عليه القضاء وامتداده أن يزيد على يوم وليلة لدخوله في حد التكرار على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى.

م: (وهذا) ش: أي الذي ذكرناه من وجوب القضاء بالإغماء خمس صلوات أو دونها م: (استحسان) ش: ولحديث علي - رضي الله عنه - أنه أغمي عليه في أربع صلوات فقضاهن. وعمار - رضي الله عنه - إنما أغمي عليه يوما وليلة فقضاهن.

وابن عمر أغمي عليه يومان وقيل: ثلاثة أيام فلم يقض، والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كاملا لتحقق العجز فأشبه الجنون في تحقيق العجز، وفي بعض الروايات: الجنون إذا استوعب وقت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦٢٣

صلاة كاملا يسقط القضاء، بخلاف الإغماء لأن بالجنون يزول العقل الذي هو أصلة الأهلية وبالإغماء لا، ولهذا لا يجوز وصف الأنبياء – عليهم السلام – بالجنون، وواصفهم به كافر، وجاز وصفهم بالإغماء فكان المصنف يسوي بينهما في وجه القياس معتمدا على هذه الرواية، ثم فرق بينهما في وجه **الاستحسان**، والأصح أنه لا فرق بينهما في الصلاة في اشتراط الامتداد للسقوط، لأن بالجنون لا تزول الأهلية كما لا تزول بالإغماء، والسقوط مبني على الخروج وذلك لا يحصل بدون الامتداد.

وفي " المحيط " لو زال عقله بالخمر أكثر من يوم وليلة يلزمه القضاء، وكذا بالبنج عند أبي حنيفة، لأن الأثر في [....] .

وعند محمد يسقط كالمرض وإن أغمي عليه بفزع من سبع أو آدمي لا يلزمه القضاء اتفاقا.

م: (وجه **الاستحسان** أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الأداء وإذا قصرت) ش: أي المدة م: (قلت) ش: أي الفوائت م: (فلا حرج) ش: حينئذ، لأن في الأولى شق عليه القضاء.

وفي الثاني: لا يشق عليه، ألا ترى أن الحائض تقضي الصوم، لأنه لا مشقة فيه ولا تقضي الصلاة لأنه تلحقها مشقة م: (والكثير أن يزيد) ش: أي الإغماء م: (على يوم وليلة، لأنه يدخل في حد التكرار) ش: أراد أن الفرق بين الطويل والقصير بالزيادة على يوم وليلة ليدخل بها الصلاة في حد التكرار، وهو ظاهر، لأن الصلوات إذا صارت ستة تكون فيها مكررة، فدخل." (١)

"لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة، وسجدوها بعدها لتحقق سببها، ولو سجدوها في الصلاة لم يجزئهم؛ لأنه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل. قال: وأعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة؛ لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة. وفي " النوادر " أنها تفسد؛ لأنهم زادوا فيها ما ليس منها، وقيل: هو قول محمد – رحمه الله –

ـــــــإما واجب أو فرض، وسماعها ليس بواجب ولا فرض فلا يؤتى بها في الصلاة م: (وسجدوها بعدها) ش: أي بعد الصلاة يعني بعد فراغها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور م: (ولو سجدوها في الصلاة لم يجزئهم لأنه) ش: أي لأن السجود م: (ناقض لمكان النهي) ش: لأنه نهي عن إدخال ما ليس من الصلاة فيها، وقد وجبت السجدة كاملة، فإذا فعلها وقعت ناقصة م: (فلا يتأدى به) ش: أي بالناقص م: (الكامل) ش: لأن ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا.

م: (قال: وأعادوها) ش: أي قال المصنف، وأعادوا السجدة التي سجدوها في الصلاة م: (لتقرر سببها)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦٥٠

ش: وهو السماع من غير محجور م: (ولم يعيدوا الصلاة، لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة) ش: لأن سجدة التلاوة عبادة والصلاة لا تنافيها، فصار كمن أتى سجدة زائدة متطوعا فلا تفسد الصلاة م: (وفي: " النوادر " أنها تفسد) ش: أي ذكر في " النوادر "، رواه ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه، أي أن السجود يفسد الصلاة.

وقوله: - يفسد - بضم الياء من الإفساد م: (لأنهم زادوا فيها) ش: أي في الصلاة م: (وما ليس منها) ش: وذلك أنهم اشتغلوا في صلاتهم بشيء حكمه أن يقعدوا بعد الصلاة فصاروا ناقضين صلاتهم، كمن صلى النفل في حال الفرض.

م: (وقيل: هو قول محمد) ش: أي قال بعضهم الذي ذكر في " النوادر " هو قول محمد، وفي "مبسوط خواهر زاده " ذكر الفساد على قول محمد، ثم قال: والصحيح أن لا تفسد الصلاة عند الكل، ثم قال: هكذا قال على العمى، ويقال: قول محمد هو جواب القياس، وما ذكر هنا وهو وقولهم جواب **الاستحسان** بناء على أن زيادة ما دون الركعة لا يفسدها عندهما، وعلى قوله: زيادة السجدة يفسدها.

وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر، فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة، لهذا حكم بأن سجدة الشكر مسنونة، فتفسد لشروعه في واجب قبل إكمال الفرض.

وعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنها غير مسنونة، والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة، وفي كونها ركنا من أركان الصلاة غير مستقلة عبادة.

وفي " المختلف " و" ملتقى البحار " قول أبي يوسف مع محمد في مشروعية سجدة الشكر، وفي "قاضي خان " عن أبي يوسف روايتان فيها.." (١)

"ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة، فإن قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع، فقرأها سجد ثانية وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان، فالأصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج،

ــــــــQالصلاة تجري في التلاوتين جميعا يلزم تقدم الحكم وهو السجدة على السبب وهو التلاوة، وتقديمه عليه لا يجوز، ثم قال: وفي هذا التعليل نظر عندي، لأنا لا نسلم تقدم الحكم على السبب، لأن مبنى السجدة على التداخل في السبب، فعلى تقدير إلحاق الثانية بالأولى لا يلزم ما قال، لأنه يكون السبب هو الأولى وحدها وقد تقدم السبب، فتلاه بحكمه، انتهى كلامه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦٦٧

قلت: الصواب كما قاله الأكمل والأصوب من كلامهما أن تقول: لما لم يمكن القول بالتداخل هاهنا وجبت لكل تلاوة سجدة على حدة، على أن في بعض النسخ ولا وجه إلى كونها مستتبعة للأولى، فافهم.

[تكرار تلاوة سجدة التلاوة في المجلس الواحد]

م: (ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة) ش: قيد بقوله: سجدة واحدة، لأنه إذا كرر سجدات مختلفة يجب لكل واحدة سجدة، وبقوله: في مجلس واحد؛ لأنه إذا كان في مجالس مختلفة تعدد السجود على ما سيجيء بيانه إن شاء الله تعالى.

وقال النووي: إن لم يسجد للأولى كفته سجدة واحدة، وإن سجد لها ثلاثة أوجه:

أصحها: يسجد، وبه قال مالك وأحمد.

والثاني: يكفيه الأولى، قال ابن شريح: ورجحه صاحب " العدة "، وقطع به أبو حامد.

الثالث: إن طال الفصل قرأها فسجد ثم ذهب يعني أنه مشى ثلاث خطوات، ورجع فقرأها وسجد ثانيا، وإن لم يسجد للأولى فعليه سجدتان.

م: (فإن قرأها في مجلسه فسجدها فذهب ورجع فقرأها سجد ثانية) ش: لتعدد السبب.

م: (وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان) ش: أراد أنه ذهب عن مجلسه بعد قراءته ولم يسجد لها ثم رجع إليه فقرأها ثانيا، فعليه أن يسجد لكل تلاوة سجدة م: (والأصل) ش: في هذا م: (أن مبنى السجدة على التداخل) ش: يعني في **الاستحسان** والقياس أن يجب لكل تلاوة سجدة، سواء كانت في مجلس واحد أو لم تكن، لأن للسجدة حكم التلاوة، والحكم يتكرر بتكرر السبب.

وأما وجه **الاستحسان** فهو قوله: م: (دفعا للحرج) ش: وذلك أن المسلمين يحتاجون إلى تعليم القرآن وتعلمه، وذلك يحتاج إلى التكرار غالبا، فإلزام التكرار في السجدة يفضي إلى الحرج لا محالة، والحرج مدفوع ويؤيد هذا ما روي أن جبريل - عليه السلام - كان يقرأ على." (١)

"ولنا أنها عبادة فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء، ولا اختيار لهما لعدم العقل، بخلاف الخراج؛ لأنه مؤنة الأرض،

وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة، ومعنى العبادة تابع

ولو أفاق في بعض السنة، فهو بمنزلة إفاقته في بعض الشهر في الصوم.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦٧٢

ــــــــــQالآدميين يجوز أن تلزم الصبي، ولأن الفطرة تجب على رقبة الحر لا على طريق البدل فجاز اعتبارها في حق الصبي، والزكاة حق مالي لا يجب على رقبة الحر، فإن افتقر إلى النية فلا تجب على الصبي كالحج. م: (ولنا أنها عبادة مالية فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء) ش: أي الحجة لنا أن الزكاة عبادة مالية؛ لأن الإسلام بني عليها، كما ورد في الحديث، قوله: فلا تتأدى، أي فلا تتحقق العبادة إلا باختيار صحيح أو باختيار ثابت يثبت ثباته عن اختيار صحيح؛ ليتحقق معنى الابتلاء، يعني أنا ابتلينا بالعقل ليظهر المطيء من العاصي، وذلك لا يكون إلا بفعل على سبيل الاختيار دون الجبر.

م: (ولا اختيار لهما لعدم العقل) ش: أي ولا اختيار للصبي والمجنون لعدم عقلهما، ولا صحة لاختيار الصبي العاقل فلا تجب عليهما الزكاة، ولهذا لو أدى الصبي العاقل بنفسه لا يصح عند الخصم، فعلم أن اختياره غير صحيح.

فإن قلت: الزكاة عبادة تجزئ فيها النيابة، فلم لا يجوز أداء الولي عنهما بسبيل النيابة؟ قلت: النيابة تثبت باختيار المنوب عنه، أو بإقامة الشرع النائب مقام المنوب عنه جبرا ولم يوجد.

أما صدقة الفطر فالقياس أن لا تجب وهو قول محمد - رحمه الله -، وفي **الاستحسان** تجب وهو قولهما؛ لأنها مؤنة، ومعنى العبادة فيها وكذا العشر، والأمر في الخراج أظهر لأنه مؤنة فيها معنى العقوبة.

م: (بخلاف الخراج لأنه مؤنة الأرض) ش: هذا جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - وصار كالعشر والخراج، أراد أن القياس عليه لا يصح؛ لأن الخراج مؤنة الأرض، لأن سبب وجوبه الأرض النامية لا الخارج فباعتبار الأصل فهو الأرض النامية مؤنة.

م: (وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع) ش: هذا أيضا جواب عن قول الشافعي، وصار كالعشر - يعني القياس عليه غير صحيح-؛ لأن الغالب في العشر معنى المؤنة، ولهذا لا يشترط النصاب والحول ولا يسقط بالدين قوله: ومعنى العبادة تابع؛ لأن العشر يثبت إلى الأرض لأنها أصله، ومعنى العبادة باعتبار المصرف وكون الواجب جزءا من النماء.

م: (ولو أفاق في بعض السنة، فهو بمنزلة إفاقته في بعض الشهر في الصوم) ش: أي لو أفاق المجنون في بعض الشهر، معنى هذا إذا كان مفيقا في جزء من السنة بعد ملك النصاب في أولها أو في آخرها قل ذلك

أو كثر تلزمه الزكاة، كما لو أفاق في جزء من شهر رمضان في يوم أو ليلة يلزمه صوم الشهر كله. ثم الجنون على نوعين: أصلي: وهو أن يدرك مجنونا، فحكمه حكم." (١)

"لأن الزكاة عبادة، فكان من شرطها النية، والأصل فيها الاقتران إلا أن الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم،

ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا، لأن الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة إلي التعيين، ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد - رحمه الله - لأن ـــــــــq مقارنة للعزل عن محمد - وللشافعي فيما إذا عزل مقدار الواجب بالنية ثم دفعه للفقير بلا نية وجهان أظهرهما أنه يجوز.

وفي " الإيضاح ": لو نوى أن يؤدي الزكاة فجعل يؤدي إلي آخر السنة ولا تحضره النية لا يجوز لأن النية لم تقترن بالعزل، وفي " المجرد " عن محمد - رحمه الله - لو قال: تصدقت إلى آخر السنة فقد نويته من الزكاة، فجعل يتصدق بدون النية أرجو أن يجزئه. وفي " العيون ": وعنه خلاف هذا. وعند مالك - رضي الله عنه - يشترط قران النية بالأداء وعند أحمد - رحمه الله - يستحب ويجوز التقديم بزمان يسير، وفي " منية المفني ": قال أبو جعفر الهندواني: لا تجوز الزكاة إلا بنية مخالطة لإخراجها، وعن محمد بن سلمة البلخي - رحمه الله - إذا تصدق ولم تحضره النية ينظر إن كان وقت التصدق بحال لو سئل عما يتصدق أمكنه الجواب من غير فكرة تجزيه ويكون ذلك نية منه.

م: (لأن الزكاة عبادة) ش: مستقلة بذاتها م: (فكان من شرطها النية) ش: لأن الأعمال بالنية م: (والأصل فيها) ش: أي في النية م: (الاقتران) ش: أي اقترانها بالأداء م: (إلا أن الدفع) ش: أي دفع الزكاة م: (يتفرق) ش: لأنه ربما لا يؤديها دفعة واحدة ويدفع شيئا بعد شيء م: (فاكتفى بوجودها) ش: أي بوجود النية م: (حالة العزل) ش: أي حال عزل المقدار الواجب م: (تيسيرا) ش: أي لأجل التيسير للمزكي لدفع الحرج م: (كتقديم النية في الصوم) ش: فإنه يجوز للفجر عن اقتران النية بأول الصبح.

]ح كم من تصدق بمال لا ينوي به الزكاة]

م: (ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة) ش: أي حال كونه لم ينو الزكاة م: (سقط فرضها عنه) ش: أي سقط فرض الزكاة عنه يعني ليس عليه زكاة بعد ذلك م: (استحسانا) ش: لا قياسا لأن القياس عدم السقوط

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٩٨/٣

وهو قول زفر ومالك والشافعي وأحمد – رحمهم الله – ورواية عن محمد – رحمه الله – لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من نية التعيين وجه **الاستحسان** وهو قوله. م: (لأن الواجب جزء منه) ش: أي من جميع المال م: (فكان) ش: أي الجزء منه م: (متعينا فيه فلا حاجة إلى التعيين) ش: لأن التعيين إنما شرط لمزاحمة سائر الأجزاء، فلما أدى الجميع على وجه القربة زالت المزاحمة فسقط الفرض لوجود أداء الجزاء الواجب ضرورة، وهذا كالصوم في رمضان لأنه نصاب بمطلق الاسم لتعيينه فلا يحتاج إلى التعيين. م: (ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى) ش: بفتح الدال م: (عند محمد – رحمه الله – لأن." (١)

"ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأهم استحسانا لثبوت الإذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره،

وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي – رحمه الله – فإن عنده وجوبها على العبد، ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي، وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة فيؤدي إلى الثنى

ــــــــــــــــــــــــــ كان يعطي صدقة رمضان عن الخيل، وقال أبو قلابة – رضي الله عنه –: كانوا يعطون حتى عن الخيل، وفي " الوتري ": لا تجب عن فرسه، ولا عن غيره من سائر الحيوانات، [ولا] عن الرقيق، وما روي عن عثمان وغيره، محمول على التطوع.

م: (ولو أدى عنهم) ش: أي عن أولاده الكبار م: (أو عن زوجته) ش: أي أو أدى عن زوجته م: (بغير أمرهم أجزأ استحسان لثبوت الإذن عادة) ش: والقياس أن لا يصح كما إذا أدى الزكاة بغير إذنها، وفي العادة أن الزوج هو الذي يؤدي عنها، وكان الإذن ثابتا عادة، بخلاف الزكاة، لأنها عبادة محضة لا تصح بدون الإذن صريحا، **والاستحسان** أربعة أنواع، ما ثبت بالأمر كالسلم، وبالإجماع [.....] وبالضروة كتطهير الحياض والآبار والأواني، وبالقياس الخفي وهو كثير النظر في الفقه، كما إذا اختلفا في الثمن قبل قبض المبيع لا يجب والثمن على البائع لأنه المدعي لا المنكر، ويجب استحسانا لأنه ينكر وجوب التسليم بما ادعاه المشتري من الثمن وهنا المراد النوع الثاني لا يجوز عندنا وعند الشافعي.

م: (ولا يخرج عن مكاتبة لعدم الولاية) ش: وفي " التحفة ": المكاتب والمدبر والمستثنى لا تجب عليه صدقة فطرهم لأنه لا تجب في نفقتهم ولا يجب عليهم أيضا لأنهم لا ملك لهم م: (ولا المكاتب عن نفسه

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣/٣١٢

لفقره) ش: أي ولا يخرج المكاتب صدقة الفطر عن نفسه لأنه فقير، وبه قال الشافعي – رضي الله عنه – في الجديد وأحمد. ويقال في القديم: ثم يؤدي المولى عنه وهو قول عطاء.

م: (وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة) ش: لأنها لا تنعدم بالتدبير والاستيلاد، وإنما يختل بالمالية ولا عبرة به ها هنا، فإن كان كذلك م: (فيخرج عنهما) ش: بضم الياء من الإخراج.

م: (ولا يخرج عن ممالكه للتجارة خلافا للشافعي – رضي الله عنه –) ش: وبقوله، قال مالك – رضي الله عنه – م: (فإن عنده وجوبها) ش: أي وجوب الفطرة م: (على العبد ووجوب الزكاة على المولى) ش: لا منافي بين الوجوبين لأنهما حقان مختلفان م: (فلا يتدخلان) ش: فتجب الفطرة في وقتها، وزكاة التجارة بعد تمام الحول م: (وعندنا وجوبها على المولى بسببه) ش: أي بسبب العبد، يعني كان أولا على المولى وجوب صدقة الفطر م: (كالزكاة) ش: يعني كوجوب الزكاة عليه بسبب أيضا لأجل التجارة م: (فيؤدي إلى الثنى) ش: بكسر الثاء المثلثة وبقصر النون يعني يؤدي إلى التثنية." (١)

"أول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا، ولو نوى بعد الزوال لا يجوز. وقال الشافعي – رحمه الله –: يجوز ويصير صائما من حين نوى، إذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال إلا أن من شرطه الإمساك في أول النهار. وعندنا يصير صائما من أول النهار، لأنه عبادة قهر النفس، وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره.

ـــــــــوأول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا) ش: أشار به إلى قوله ولأنه صوم يوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بالكثرة كالنفل م: (ولو نوى بعد الزوال لا يجوز) ش: أي ولو نوى الصوم تطوعا بعد زوال الشمس عن كبد السماء لا يجوز، لأن ما لا يكون محلا لنية صوم الفرض لا يكون محلا لنية صوم النفل.

م: (وقال الشافعي – رحمه الله –: جاز ويصير صائما من حين نوى إذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا على النشاط، ولعله ينشط بعد الزوال إلا أن من شرطه الإمساك في أول النهار) ش: وهذا على الأصح من مذهبه، وفي تتمتهم إذا جوزناه بعد الزوال فهو صائم في أول النهار في الأصح، وقيل: من وقت النية، وهو اختيار القفال، وقد ذكرناه.

م: (وعندنا يصير صائما من أول النهار لأنه عبادة قهر النفس وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره) ش: أي بأكثر النهار، وقد مر أن الأكثر يقوم مقام الكل في مواضع كثيرة. وفي المرغيناني لو

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٨٩/٣

نوى الإفطار بعد شروعه في الصوم لم يفطر حتى يأكل، وكذا لو نوى الرجوع عنه لا يكون رجوعا، وكذا لو نوى الكلام في الصلاة لا تفسد حتى يتكلم.

وقال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - لو نوى الإفطار فقد أفطر، وفي الليل لو نوى الإفطار من الغد بعد نيته يكون رجوعا ولو أكل أو شرب أو جامع أو نام لا يكون رجوعا إلا عند المروزي من الشافعية.

وقال الإصطخري - رحمه الله - هذا خرق للإجماع، وإن نوى أن يصوم غدا، إن شاء الله تعالى صحت نيته، لأن النية عمل القلب دون اللسان، فلا يعمل فيه الاستثناء.

وقال الحلواني: لا رواية لهذه المسألة، وفي القياس لا يصير صائما كالطلاق والعتاق والبيع، وفي **الاستحسان** يصير صائما لأنه لا يراد به الإبطال، بل هو استعانة وطلب التوفيق من الله تعالى: قال المرغيناني - رحمه الله -: هو الصحيح وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه وأحمد - رحمه الله - في رواية.." (١)

"باب ما يوجب القضاء والكفارة قال: وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع نهارا ناسيا لم يفطر، والقياس أن يفطر، وهو قول مالك - رحمه الله - لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلاة

ــــــــQ [باب ما يوجب القضاء والكفارة] [الحكم لو أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا]

م: (باب ما يوجب القضاء والكفارة) ش: أي هذا باب في بيان ما يوجب القضاء والكفارة على الصائم على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى، ولما فرغ من بيان الصوم وأنواعه شرع في بيان ما يجب عند إبطاله لأنه أمر عارض على الصوم فناسب أن يذكر مؤخرا.

م: (قال: وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا) ش: أي حال كونه ناسيا م: (لم يفطر) ش: قال الكاكي لم يفطر بالتشديد والتخفيف، فعلى الأول يكون مسندا إلى الأكل [....] ، قلت: فيه تعسف لأنه يقال حينئذ الضمير في لم يفطر يرجع إلى الآكل الذي دل عليه أكل وكذا ينبءي أن يرجع إلى الشرب الذي دل عليه أو شرب والجماع الذي يدل عليه أو جامع فحينئذ ينبغي أن يقال لم يفطرن بنون الجمع، وهذا كله تكلف، والأحسن أن يكون الضمير في - لم يفطر - راجعا إلى الصائم أي لم يفطر الصائم بالأشياء المذكورة في الأكل والشرب ناسيا لا يفطر عند جماعة من الصحابة والتابعين وغيرهم وهم علي بن أبي طالب وأبو هريرة وابن عمر وعطاء وطاووس ومجاهد والحسن البصري والحسن بن صالح وعبد الله بن الحسن وإبراهيم النخعي وأبو ثور وابن أبي ذئب والأوزاعي والثوري والشافعي - رحمه الله - وإسحاق وأبو ثور وأحمد - رحمه الله - والنخعي وابن المنذر.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/ ١٥

وأما في الجماع ناسيا فهو مذهبنا. وهو قول مجاهد وإسحاق البصري والثوري والشافعي - رحمهم الله - وقال عطاء والأوزاعي والليث: عليه القضاء وقال أحمد - رضي الله عنه - عليه القضاء والكفارة.

م: (والقياس أن يفطر وهو قول مالك - رحمه الله -) ش: وربيءة وابن علية وسعيد بن عبد العزيز م: (لوجود ما يضاد الصوم) ش: ووجود ما يضاد الشيء يقدم له الاستحالة وجود الضدين معا م: (فصار كالكلام ناسيا في الصلاة) ش: حيث تفسد صلاته.

م: (**ووجه الاستحسان** قوله - عليه الصلاة والسلام -) ش: أي قول النبي - صلى الله عليه وسلم - م: (للذي أكل وشرب ناسيا: تم على صومك، فإنما أطعمك الله وسقاك) ش: هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - واللفظ لأبي داود، قال) ش: «جاء رجل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -: " فقال يا رسول الله إني أكلت وشربت ناسيا وأنا صائم، فقال الله." (١)

"**ووجه الاستحسان** «قوله - عليه الصلاة والسلام - للذي أكل وشرب ناسيا: " تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك» وإذا ثبت هذا في حق الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية، بخلاف الصلاة، لأن هيئة الصلاة مذكرة

فلا يغلب النسيان، ولا مذكر في الصوم

ـــــــأطعمك وسقاك» انتهى.

وهو أقرب إلى لفظ المصنف ولفظ الباقين من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه.

ورواه ابن حبان والدارقطني [في " سننه «أن رجلا سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: فقال إني كنت صائما فأكلت وشربت ناسيا فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أتمم صومك فإن الله أطعمك وسقاك» .

وزاد الدارقطني] فيه فلا قضاء عليه ولا كفارة. قوله: تم على صومك بكسر التاء المثناة من فوق وتشديد الميم المفتوحة أمر من تم يتم معناه أتمه وامض عليه واستتم، ويقال تم على أمره أمضاه، وتم على أمرك أمضه.

فإن قلت: هذا الحديث يعارض الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٥/٤

(سورة البقرة: الآية ١٨٧) فإن الصيام إمساك وقد فات، فالآية تدل على بطلانه، [و] لأن انتفاء ركن الشيء يستلزم إمضاه لا محالة، والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه، قلت هذا السؤال مع جوابه للإمام حميد الدين الضرير. وأجاب بأن في الكتاب دلالة على أن النسيان معفو عنه لقوله تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ [البقرة: ٢٨٦] م: (سورة البقرة: الآية: ٢٨٦) فكان الحديث موافقا للكتاب فعمل، ويحتمل قوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] على حالة انتفاء الإتمام عمدا؛ لأن الإتمام فعل اختياري فيكون عمدة الفوات له لذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته. وقال تاج الشريعة: هذا الخبر مشهور قبله السلف حتى قال محمد - رحمه الله - عقب هذه المسألة حاكيا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - لو قال الناس لقلت يقتضي معنى لو قول الأئمة وروايتهم هذا الحديث لقلت بالقضاء، فإن قال السائل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الأكل والشرب على خلاف القياس، فكيف تعدى إلى الجماع؟.

فأجاب بقوله: م: (وإذا ثبت هذا) ش: أي بقاء الصوم م: (في حق الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية) ش: لأن كلا منهما نظير الأخرى في كون الكف عن كل منهما ركنا في الآخر، فيكون الثبوت بالدلالة لا بالقياس م: (بخلاف الصلاة لأن هيئة الصلاة مذكرة) ش: هيئة الصلاة القيام والركوع والسجود والانتقال من واحد إلى واحد، وكل هذه الأفعال تذكر المصلي.

م: (فلا يغلب النسيان) ش: ولا يستلزم غلبة النسيان عدم نفي هيئات ما م: (ولا مذكر) ش:." (١)

"والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر الرواية. وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة لأنها قلما تخلو عن الفتنة. ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر، وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة، ووجه **الاستحسان** أنه لا يستطاع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان، واختلفوا في المطر والثلج، والأصح أنه يفسد لإمكان الامتناع عنه إذا آواه خيمة أو سقف ولو أكل لحما بين أسنانه فإن كان قليلا لم يفطر، وإن كان كثيرا يفطر. وقال زفر: يفطره في الوجهين؛ لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه

ـــــــم: (والمباشرة الفاحشة) ش: وهو أن يعانقها مجردين ويمس فرجه ظاهر فرجها م: (مثل التقبيل في ظاهر الرواية) ش: يكره إذا لم يأمن ولا يكره إذا أمن م: (وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة لأنها قلما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٦/٤

تخلو عن الفتنة) ش: عن الوقوع في الجماع. وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -.

م: (ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر) ش: لأنه مغلوب فيه كما في الغبار والدخان م: (وفي القياس أنه يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذى به) ش: كلمة إن واصلة بما قبلها، ولا فرق بين المأكول وغيره م: (كالتراب والحصاة) ش: م: (ووجه **الاستحسان** أنه لا يستطاع الامتناع منه، فأشبه الغبار والدخان) ش: فإنه لا يستطاع دفعهما، وإن وصل الذباب إلى جوفه ثم خرج حيا لم يفطر، ذكره في " الحاوي " وهو قول سحنون من المالكية. وفي " خزانة الأكمل "، ولو دخل جوفه وهو كاره له لم يفطره.

م: (واختلفوا في المطر والثلج) ش: يعني اختلف المشايخ في المطر، فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد. وقال بعضهم على العكس. وقال عامتهم بإفسادهما م: (والأصح أنه يفسد) ش: لحصول الفطر معنى م: (لإمكان الامتناع عنه إذا أواه) ش: أي ضمه م: (خيمة أو سقف) ش: قلت: إذا كان في البرية وليس عنده خيمة ولا شيء يمنع المطر عنه، فالقياس أن لا يفسده، ولو خاض الماء فدخل أذنه لا يفطره، بخلاف الدهن، وإن كان بغير صيغة لوجود إصلاح بدنه، لو صب الماء في أذنه، فالصحيح أنه لا يفطره لفقده إصلاح البدن، لأن [الماء] يضر بالدماغ، وفي " الخزانة " لو دخل حلقه من دموعه أو عرق جبينه قطرتان أو نحوهما لا يضره والكثير الذي يجد ملوحته في حلقه يفسد صومه [....] ، ولو نزل المخاط، من أنفه في حلقه على تعمد منه فلا شيء عليه، ولو بلع بزاق غيره أفسد صومه ولا كفارة عليه، كذا في " المحيط ". وفي " البدائع " لو ابتلع ريق حبيبته أو [صديقه] ، قال الحلواني عليه كفارة، لأنه لا يعافه بل يلتذ به، وقيل لا كفارة فيه، ولو جمع ريقه في فيه ثم ابتلعه لم يفطر ويكره، ذكره المرغيناني.

م: (ولو أكل لحما بين أسنانه فإن كان قليلا لم يفطر) ش: يعني إذا كان قليلا م: (وإن كان كثيرا يفطره. وقال زفر: يفطره في الوجهين) ش: يعني في القليل والكثير م: (لأن الفم له حكم الظاهر حتى." (١)

"فلا تجب صيانته، ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر، وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة، ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى، ويكون مضمونا بالقضاء،

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا، والأظهر هو الأول، والله أعلم بالصواب.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٧

ـــــــــم: (فلا تجب صيانته) ش: لكونه معصية.

م: (ووجوب القضاء يبتني عليه) ش: أي على وجوب صيانة المؤدي م: (ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر، وهو الموجب) ش: أي النذر هو الموجب لأنه إيجاب في الذمة، وهو أمر عقلي وجاز للعقل أن مجرد الأصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للنهي م: (ولا بنفس الشروع) ش: أي ولا يصير أيضا مرتكبا بنفس الشروع م: (في الصلاة حتى يتم ركعة) ش: لأن الشروع في الصلاة ليس بصلاة، لأن تمامها بالركوع والسجود.

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون نفس الشروع لا يسمى صلاة م: (لا يحنث به الحالف على الصلاة) ش: أي لا يحنث الحالف بالشروع إذا حلف على أن لا يصلي ما لم يركع ويسجد، فإذا ركع وسجد صارت ركعة فيحنث بها حينئذ م: (فتجب صيانة المؤدى) ش: يعني لما كان شروع فيها صحيحا يجب عليه صون المؤدى م: (ويكون مضمونا بالقضاء) ش: هذا هو المشهور عن أصحابنا.

م: (وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا) ش: يعني إذا دخل في الصلاة عند الزوال ثم أفسدها لا يجب عليه القضاء لأنه ممنوع عن الدخول، وما بعدها مبني عليه م: (والأظهر) ش: أي الأظهر والأشهر من الرواية عن أصحابنا م: (هو الأول) ش: أي المذكور الأول، وهو وجوب القضاء بالشروع في الصلاة في الأوقات الثلاثة إذا أفسدها.

واعلم أن في الوقت لأبي حنيفة – رحمه الله – وجوها أخرى غير الذي ذكر المصنف.

الأول: أن الشروع في الصلاة بالتكبير للافتتاح وهي ليست من الصلاة عندنا فحصل الشروع بها ولا نهي بخلاف الصوم.

الثاني: أن الصلاة وجوبها بالقول كالنذر بخلاف الشروع في الصوم، فإنه بالنية.

الثالث: أن الصلاة لزومها بالقول والنية بإيجاب الصوم بالنية وحدها، فكان الأول أقوى فلا يلزم من ضمان الأقوى ضمان الأضعف.

الرابع: أن الصوم لا يمكنه فعله إلا على وجه المعصية، والصلاة يمكن أداؤها على غير وجه المعصية، بأن يصبر حتى يخرج وقت الكراهة فيؤديها، على وجه **الاستحسان**، وكذا لا يكون مرتكبا للنهي بنفس النذر، مع أن النذر ممنوع في رواية أبي يوسف وعبد الله بن المبارك عن." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/١١٩

"لوجود المنافي وهو القياس، وقالا: لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم وهو **الاستحسان**؛ لأن في القليل ضرورة. قال وأما الأكل، والشرب، والنوم يكون في معتكفه؛ لأن النبي - عليه الصلاة والسلام - لم يكن له مأوى إلا المسجد.

ـــــــQالرابع: أن يأخذه ظالم.

الخامس: أن يخاف على نفسه وماله من المكابرين.

وفي المرغيناني: إن خرج لمرض يبطل اعتكافه، لأن وقت المرض غير معلوم فلم يكن مستثنى، وقال الحاكم في " الكافي ": وكذا يبطل لو أخذه غريم فحبسه ساعة. قوله في المتن - ساعة - يعني وإن كان قليلا، وسواء كان عامدا أو ناسيا، وفي " المبسوط " و " التحفة " قول أبي حنيفة - رحمه الله - أقيس.

م: (لوجود المنافي) ش: للبث م: (وهو) ش: أي قول أبي حنيفة - رحمه الله - هو م: (القياس) ش: وبه قال مالك والشافعي، وأحمد، إلا أن عند مالك - رحمه الله - يخرج لعيادة أبويه ولا يخرج لجنازتهمI. م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (لا يفسد حتى يكون) ش: أي الخروج م: (أكثر من نصف يوم) ش: لأن للأكثر منه حكم الكل والأقل منه عفو، وإن كان بغير عذر ولهذا إذا خرج لحاجة الإنسان فتأنى في المشي لا يفسد اعتكافه، وإن كان لا يحتاج إلى التأني في المشي لأنه في حكم اليسير. وفي " الذخيرة ": الاختلاف في الاعتكاف الواجب، أما في النفل فلا بأس بأن يخرج بغير عذر لأن التطوع غير مقدر في ظاهر الرواية، وهو أي قولهما م: (**الاستحسان**؛ لأن في القليل ضرورة) ش: والضرورة مستثناة م: (وأما الأكل، والشرب، والنوم يكون في معتكفه) ش: أي في موضع الاعتكاف م: (لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن له مأوى إلا في المسجد) ش: يعني في حال كونه معتكفا، وهذا معلوم في الأحاديث والنصوص المتطابقة ويقال في غالب أحواله لم يتخذ مأوى إلا المسجد فكان أكله متحققا فيه فلا ضرورة إلى الخروج، وبه قال مالك وابن شريح من أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - وهو الأظهر عند صاحب " التهذيب ".

وقال المزني وأكثر أصحابه: له الخروج للأكل والشرب لأن في تكلفه الأكل في المسجد مشقة ونوعا من ترك المروءة أيضا، فإنه قد يختار أن لا يعرف جنس طعامه لفقره أو لتورعه، فلو كلفناه الأكل يفوت غرضه، وأيضا قد يكون في المسجد غيره فيشق عليه الأكل دونه، ولو أكل معه لم يكفهما الطعام فجعلنا ذلك

عذرا في إباحة الأكل في المنزل، كذا في تتمتهم، وفي " شرح الوجيز ": لو عطش ولم يجد في المسجد ماء يخرج، وإن وجد فيه فوجهان." (١)

"فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام، فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء. قال: إلا في بدنة المتعة فإنه محرم حين توجه، معناه إذا نوى الإحرام، وهذا استحسان. وجه القياس فيه ما ذكرنا. ووجه **الاستحسان** أن هذا الهدي مشروع في الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لأنه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين، وغيره. قد يجب بالجناية وإن لم يصل إلى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه، وفي غيره

ـــــــــحتى يلحق البدنة، وعلى رواية الأصل: شرط الإدراك والسوق جميعا؛ لأنه قال: لم يصر محرما حتى يلحق الهدي ويسوقه ويتوجه معه، والمصنف - رحمه الله - جمع بين الروايتين، وقال فخر الإسلام - رحمه الله -: فذلك أمر إضافي، وإنما الشرط أن يلحقه ليصير فاعلا فعلى المناسك على المخصوص.

م: (فقد اقترنت نيته بعمل هو) ش: أي السوق والإدراك م: (من خصائص الإحرام) ش: جمع خصيصة وهي التي تختص بالشيء، ومن خصائص الإحرام سوق الهدي م: (فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء) ش: أي في ابتداء الأمر.

م: (قال: إلا في بدنة المتعة) ش: وفي بعض النسخ قال: إلا في بدنة المتعة، أي قال محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير ": إلا في بدنة المتعة، وهو استثناء من قوله: فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها، يعني أن في بدنة المتعة يصير محرما بمجرد التوجه، وهاهنا قيد لا بد منه، وهو أنه إنما يصير محرما بالتقليد أن لو حصل التقليد في أشهر الحج، وإن حصل في غير أشهره لا يصير محرما ما لم يدركه، ويصير معه هكذا ذكره محمد - رحمه الله -.

م: (فإنه محرم حين توجه، معناه إذا نوى الإحرام) ش: يحرم حين توجه إذا وجدت النية، فإذا لم توجد لا يصير محرما م: (وهذا استحسان) ش: أي كونه محرما في بدنة المتعة بمجرد التوجه قبل اللحاق استحسان، والقياس أن لا يصير محرما بمجرد التوجه.

م:) وجه القياس فيه ما ذكرنا) ش: يريد به قوله: لم يوجد منه إلا مجرد النية م: (ووجه **الاستحسان** أن هذا الهدي مشروع في الابتداء) ش: احترز به عن دم الجناية، والنذر، فإنهما شرعا بناء عليهما لا ابتداء م: (نسكا) ش: أي حال كونه نسكا، احترز به عما وجب ابتداء م: (من مناسك الحج وضعا) ش: يعني من

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/١٢٩

حيث الوضع الشرعي م: (لأنه مختص بمكة) ش: حيث صار نسكا من مناسك الحج.

م: (ويجب) ش: أي الهدي م: (شكرا للجمع بين أداء النسكين) ش: هذا بيان اختصاصه بمكة لأن الجمع بين النسكين لا يكون إلا بمكة، فكان هدي المتعة مختصا بمكة م: (وغيره) ش: أي غير دم المتعة م: (قد يجب بالجناية) ش: بأن صاد صيدا قبل وصوله إلى مكة م: (وإن لم يصل إلى مكة) ش: واصل بما قبله م: (فلهذا اكتفي فيه) ش: أي في هدي المتعة م: (بالتوجه وفي غيره) ش: أي وفي." [(١)]

"ما لم يفسد.

فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا، وهذا استحسان، والقياس أن لا يغرم سوى البيضة؛ لأن حياة الفرخ غير معلومة. وجه **الاستحسان** أن البيض معد؛ ليخرج منه الفرخ الحي، والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا، وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما. وليس في قتل الغراب، والحدأة، والذئب، والحية، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور جزاء؛

ـــــــابن مسعود، وابن عباس، والشعبي، والنخعي، والزهري، والشافعي، وأحمد، وأبي ثور، قال أبو عبيدة، وأبو موسى الأشعري: يجب صوم يوم، أو طعام مسكين. وقال الحسن البصري: فيه جنين من الإبل، وقال مالك: فيه عشر البدنة، وقال السروجي: وتجب القيمة في بيض جميع الطيور. م: (ما لم يفسد) ش: أي بيض النعامة، إنما يجب ما لم يكن مذرا؛ لأن المذرة لا شيء فيها.

م: (فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) ش: أي قيمة الفرخ، ولو كان حيا، وبه صرح في " المبسوط "، وقال الشافعي - رحمه الله -: لا شيء فيه، وقال الشافعي - رحمه الله -: هذا إذا لم يعلم أن موته بالكسر أم لا، ولو علم أنه كان ميتا بغير الكسر لا شيء عليه. م: (وهذا استحسان) ش: أي وجوب القيمة استحسان، ووجهه يأتي الآن. م: (والقياس أن لا يغرم سوى البيضة؛ لأن حياة الفرخ غير معلومة. وجه **الاستحسان** أن البيض معد؛ ليخرج منه الفرخ الحي، والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه) ش: أي يضاف بالموت على الكسر، والباء صلة واصلة بحال الموت على الكسر. م: (احتياطا) ش: فعليه قيمته.

م: (وعلى هذا) ش: أي على القياس، **والاستحسان**. م: (إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما) ش: أي قيمة الظبية وجنينها، ففي القياس: لا يغرم، وفي **الاستحسان**: يغرم، وعند الشافعي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٢٧٧

في الأم: المثل، وفي الجنين: ما ينقض من قيمتها ب الوضع، وينبغي أن لا يجب قيمة الجنين كما لو ضرب بطن جارية فأسقطت جنينا ميتا، ثم ماتت هي كان عليه قيمة الجارية أو دية الحرة لا ضمان الجنين، فكيف وجبت هنا قيمة الجنين.

أجيب: بأن الجنين في حكم الجزء من وجه، وفي حكم النفس من وجه فالضمان الواجب في حق العباد غير مبني على الاحتياط، فلا يجب في موضع النسك، وأما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فيرجع فيه شبهة النفس في الجنين ووجوب الجزاء.

م: (وليس في قتل الغراب، والحدأة، والذئب، والحية، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور جزاء) ش: ذكر المصنف - رحمه الله - في أول هذا الفصل حيث قال: فاستثنى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الخمس الفواسق، وعدها ستا، وأعادها هاهنا مع زيادة الفأرة، فصارت سبعة، وذكرنا الكلام في المستقصى، قلت: الذئب هناك وهاهنا. وقال الأترازي: أما الذئب فلم يذكر في الروايات." (١)

"ثم شرط عدم الدلالة، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة، قالوا: فيه روايتان. ووجه الحرمة حديث أبي قتادة - رضي الله عنه - وقد ذكرناه. وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال تجب قيمته يتصدق بها على الفقراء؛ لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم. قال - صلى الله عليه وسلم - في حديث فيه طول: «ولا ينفر صيدها» .

ـــــــوقال الترمذي: منقطع، وقد ذكرناه الآن. وقال الشيخ حميد الدين الضرير: والصحيح عندي بالنصب، وأو هاهنا بمعنى إلى أن لا يأتي إلى أن يصاد له، وحكم ما بعد الغاية تخالف حكم ما قبلها، فيستقيم السند به حينئذ؛ لأنه صار تقديره يحل للمحرم أكل لحم الصيد بنفسه حلا محدودا إلى غاية اصطياد الغير لأجله، كذا في الخيار.

م: (ثم شرط عدم الدلالة) ش: أي شرط القدوري - رحمه الله - في قوله: إذا لم يذكر المحرم. م: (وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة) ش: أي شرط عدم الدلالة عن القدوري نص في رواية على أن المحرم إذا دل حلالا على صيد الحل، فذبحه الحلال يكون اللحم حراما لا يحل له أكله. قوله: محرمة - بكسر الراء وتشديدها. م: (قالوا: فيه روايتان) ش: أي قال المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنهم - في تحريم اصطياده حلال بدلالة المحرم روايتان في رواية: يحرم، وفي رواية: لا يحرم، قلت: رواية الحرمة رواية الطحاوي - رضي الله عنه -، ورواية عدم الحرمة رواية أبي عبيد الله الجرجاني.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/ ٣٩١

م: (ووجه الحرمة حديث أبي قتادة، وقد ذكرناه) ش: أي في باب الإحرام بقوله: هل أعنتم، هل أشرتم، هل دللتم، وقد مر الكلام فيه، وأبو قتادة اسمه الحارث بن ربعي الأنصاري. م: (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال تجب قيمته يتصدق بها على الفقراء) ش: وفي بعض النسخ: عليه قيمته، وقيد بقوله: الحلال؛ لأن المحرم لو قتله تلزمه كفارة واحدة لأجل الإحرام. وفي " المبسوط ": ذبح الحلال صيد الحرم فعليه قيمته عند العلماء إلا على قول أصحاب الظاهر فإنه لا شيء عليه عندهم. م: (لأن الصيد يستحق الأمن بسبب الحرم) ش: فإن قلت: الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكذلك بسبب الإحرام، وإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك.

قلت: وجوب الكفارتين وجه القياس، صرح بذلك في " الإيضاح ". ووجه **الاستحسان** ما ذكره في " شرح الطحاوي " أن حرمة الإحرام أقوى؛ لأن المحرم حرم عليه الصيد في الحل، والحرم جميعا، فامتنع الأقوى الأضعف.

م: (قال - عليه الصلاة والسلام - في حديث طويل: «ولا ينفر صيدها» ش: وفي بعض النسخ في حديث فيه طول، والحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «لما فتح الله - عز وجل - مكة على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قام فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: " إن الله." (١)

". . . . .

ــــــــالخمسون: روى محمد بن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن الأمة المزوجة إذا أذن لها مولاها في الحج فأحرمت فليس لزوجها أن يحللها، ذكره في " البدائع ".

الحادي والخمسون: ينعقد إحرام العبد، والأمة بغير إذن المولى عند الفقهاء كافة، ويثبت فيهما حكم الإحصار، وقال أهل الظاهر: لا ينعقد.

الثاني والخمسون: في " البدائع ": لو أحرم بشيء ولم ينو حجة، ولا عمرة ثم أحصر يجعله عمرة، ويحل بهدي واحد، وعليه عمرة في **الاستحسان**، وفي القياس: لا تعين حجته، ولا عمرته إلا بالشروع في عمل أحدهما، وهو قياس قاعدة زفر.

الثالث والخمسون: المذهب عندنا أن الهدي ليس له بدل، والأصح عند الشافعي - رضي الله عنه -: إن له بدلا، وفيه ثلاثة أقوال: الأول: إطعام فدية الأذى، وفي الصيام ثلاثة أقوال: أحدها: صوم التمتع، والثاني:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٠٦

صوم الحلق، والثالث: صوم التعديل، ذكره محب الدين الطبري – رحمه الله – في " مناسكه ".

الرابع والخمسون: في " قاضي خان ": إذا أحصر بعد الوقوف بعرفة لا يحل بالهدي، وهو محرم عن النساء حتى يصل إلى البيت فيطوف طواف الزيارة في يوم النحر، وطواف الصدر، ويحلق، هكذا ذكره في الأصل.

الخامس والخمسون: رجل أحرم بحجة أو عمرة ثم أحصر يبعث بهدي الإحصار، فزال الإحصار ثم حدث إحصار آخر، فإن علم أنه يدرك هديه، ونوى أن يكون لإحصاره الثاني جاز وحل به، وإن لم ينو حتى ذبح لم يجزئه.

السادس والخمسون: في " البدائع " وغيره: تحليل الزوجة بتطيبها، وبساطها بإذن الزوج والمولى، ولا يفتقر تحليلهما إلى الهدي.

السابع والخمسون: [.....] في الحج يلزمه المعنى فيه، والقضاء لو أفسده فلو أحصر في قضائه، وتحلل لا يلزمه القضاء، والأصح أنه يلزمه.

الثامن والخمسون: ذكر السغناقي، والطبري عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أنه قال: ليس على المحصر بدل، وإنما البدل على من نقض حجه بالتلذذ، فأما من حبسه عدو أو غير ذلك فإنه يحل بغير هدي، ولا يرجع إن كان معه هدي وهو محصر نحوه، وإن كان لا يستطيع أن يبعث به، وإن قدر أن يبعث به لم يحل حتى يبلغ الهدي محله، رواه عنه البخاري، ومسلم – رحمهما الله – قال: فمن أصابه الله تعالى بمرض، أو بكسر، أو بحبس فليس عليه شيء، رواه سعيد بن منصور وأراد به بالتلذذ النساء، قاله الطبري – رحمه الله –.." (١)

"وجه القياس – وهو قول زفر – رحمه الله – أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل، وهو الهدي. وجه **الاستحسان** أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله؛ لأن المبعوث على يديه الهدي ليذبحه ولا يحصل مقصوده، وحرمة المال كحرمة النفس، وله الخيار إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره؛ ليذبح عنه فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو أفضل؛ لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد.

ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا؛ لوقوع الأمن عن الفوات.

ـــــــQإذا وجد الماء في خلال الصلاة، وكالمريض إذا قدر على الوطء في مدة الإيلاء يبطل الفيء باللسان، وكالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٤٢

م: (وجه **الاستحسان** أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله؛ لأن المبعوث على يديه الهدي ليذبحه) ش: أي لأجل أن يذبحه، وهو جواب أن، وفي غالب النسخ: يذبحه بدون اللام. م: (ولا يحصل مقصوده) ش: أي مقصود المحصر. م: (وحرمة المال كحرمة النفس) ش: يعني كما أن خوف النفس عذر في التحلل، فكذلك الخوف على المال.

فإن قلت: هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قال فخر الإسلام - رحمه الله -، والأصوليون أن حرمة المال فجاز أن يكون وقاية النفس، فإذا أكره بالقتل على إتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه.

أجيب: بأن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة؛ لأنه مملوك ليستدل، فإنه يماثل المالك المستقل، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه، وإلى هذا أشار المصنف - رحمه الله - بكاف التشبيه، فإن المشابهة بهذين الشيئين لا يقتضي اتحادهما من جميع الجهات، وإلا لارتفع التشبيه، ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه، فكذا إذا خاف على ماله؛ لأنه ينبغي أن يضمن المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصود المحصر، ولا وجه لإيجاب الضمان عليه لوجود الإذن.

م: (وله الخيار إن شاء صبر) ش: هذا على وجه **الاستحسان**، يعني لما جاز له التحلل استحسانا كان له الخيار إن شاء صبر. م: (في ذلك المكان أو في غيره؛ ليذبح عنه) ش: بهديه الذي بعثه. م: (فيتحلل، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو الأفضل) ش: أي التوجه أفضل. م: (لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد) ش: وهو الحج؛ لأنه شرع فيه ووعد أداءه بقوله: اللهم إني أريد الحج، وأيضا التوجه عمل بالعزيمة والتحلل رخصة.

[حكم من وقف بعرفة ثم أحصر]

م: (ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا؛ لوقوع الأمن عن الفوات) ش: أي لا يتحلل بالهدي عندنا، وبه قال مالك، وعند الشافعي، ومحمد - رضي الله عنهم -: لو أحصر عن طواف الزيارة، ولقاء البيت يكون محصرا لإطلاق قوله تعالى: ﴿فإن أحصرتم﴾ [البقرة: ١٩٦] (البقرة: الآية ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف، فهو محصر؛ لأنه تعذر عليه الإتمام؛ فصار كما إذا أحصر في الحل. وإن

قدر على أحدهما فليس بمحصر، أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به، والدم بدل عنه في التحلل، وأما على الوقوف فلما بينا." (١)

"صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه. وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين، فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية، وإن عين أحدهما قبل المضي. فكذلك عند أبي يوسف - رحمه الله - وهو القياس؛ لأنه مأمور بالتعيين. والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول، وهاهنا المجهول من له الحق. وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا بنفسه. والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا ـــــــQصرف نفقة الآمر إلى حج نفسه) ش: فيضمن لتصرفه في المال في خلال الموضع الذي أمر بصرفه فيه. م: (فإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين) ش: يعني من غير تعيين فلا يخلو عن أمرين إما أن لا يمضي على ذلك أو مضى. م: (فإن مضى على ذلك) ش: أي على الإبهام. م: (صار مخالفا لعدم الأولوية، و إن عين أحدهما قبل المضي. فكذلك عند أبي يوسف - رحمه الله - وهو القياس) ش: أي قول أبي يوسف - رحمه الله - هو القياس. م: (لأنه مأمور بالتعيين) ش: من جهة كل منهما. م: (والإبهام يخالفه) ش: أي إبهامه عن أحدهما يصير مخالفا. م: (فيقع عن نفسه) ش: كما إذا أمره رجلان كل منهما بشراء عبد هكذا فاشتراه لأحدهما غير معين يقع الشراء للمأمور، ثم إذا أراد أن يعين أحدهما، لا يصح فكذا هنا. م: (بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء) ش: كان هذا جواب عما يقال إذا أحرم رجل على الإبهام من غير تعيين حجة ولا عمرة فإنه يصح أن يعين في الحجة والعمرة ما شاء، فلما لا يكون هاهنا كذلك. وأجاب بخلاف ما إذا.. إلى آخره، ثم بين الفرق بينهما بقوله. م: (لأن الملتزم هناك مجهول) ش: أي فيما إذا أبهم الإحرام مجهول ومن هم له الحق معلوم وجهالة الملتزم لا تمنع صحة الأداء كما إذا قال لفلان علي شيء لأحد يصح الإقرار، ويلزمه البيان ولو قال لأحدهما علي شيء لا يصح الإقرار لأن جهالة من له الحق تمنع صحة الإقرار. م: (وهاهنا) ش: يعني فيما إذا لم يعين حجة أو عمرة. م: (المجهول من له الحق) ش: وبينهما فرق.

وقد ذكرناه الآن بخلاف ما إذا أحرم عن أحد أبويه حيث يصح، وإن كان من له الحق مجهولا؛ لأن ذلك ليس بحكم الآمر ليراعي شرائط الإمساك. م: (وجه الاستحسان) ش: هو قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما -. م: (أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال) ش: يعني ليس بمقصود بنفسه، بل هو وسيلة يقصد

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٥٥

به الأداء ولهذا لا يصح قبل أشهر الحج. م: (لا مقصودا) ش: أي ليس بشرع مقصود. م: (بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين) ش: لأنه شرط فيراعى وجوده لا بصيغة التعيين كالوضوء للصلاة وإن لم يقع بها. م: (فاكتفى به) ش: أي بالإحرام المبهم. م: (شرطا) ش: أي من حيث الشرطية للأداء.

فإن قيل: الإحرام بمنزلة التكبير في الصلاة وفيه جهة الركنية، فينبغي أن يكون بمنزلة الشروع في الأفعال.." (١)

"فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما وهو **الاستحسان** أن سفره لم يبطل؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله﴾ [النساء: ١٠٠] الآية (النساء: الآية ١٠٠) وقال - عليه الصلاة والسلام -: «من مات في طريق الحج، كتب له حجة مبرورة في كل سنة» .

وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان. وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه، وينبني على ذلك المأمور بالحج. قال: ومن أهل بحجة عن أبويه يجزئه أن يجعله عن أحدهما. لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له، وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه

ـــــــم: (فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما) ش: أي قول أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله -. إنما أخر تعليلهما وقدم تعليل أبي يوسف، وكان يقتضي الحال العكس، يشير بذلك إلى أنه اختار قولهما استحسانا.

والمأخوذ في الثلث استحسانا، ولهذا ذكر القياس أولا، ثم قال: وهو **الاستحسان** أي قولهما. م: (وهو **الاستحسان** أن سفره لم يبطل؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله﴾ [النساء: ١٠٠] (النساء: الآية ١٠٠)) ش: الكلام في إعراب الآية مثل الكلام في قوله الحديث. م: (وقال - صلى الله عليه وسلم -: «من مات في طريق الحج، كتب له حجة مبرورة في كل سنة» ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب. وروى الطبراني - رحمه الله - في " الأوسط " وأبو يعلى الموصلي - رحمه الله - في " مسنده " من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة. ومن خرج معتمرا فمات، كتب له أجر العمرة إلى يوم القيامة. ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات، كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة» .

م: (وإذا لم يبطل سفره) ش: أي عمله. م: (اعتبرت الوصية من ذلك المكان) ش: لأن الثواب لم يبطل. م:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٧٥

(وأصل الاختلاف) ش: المذكور. م: (في الذي يحج بنفسه) ش: فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه، فعند أبي حنيفة يحج من وطنه وعندهما من حيث مات فيه. م: (وينبني على ذلك) ش: أي ذلك الاختلاف.

م: (المأمور بالحج) ش: إذا مات في بعض الطريق، فعنده يحج من وطنه وعندهما من موضع مات فيه.

م: (قال: ومن أهل بحجة عن أبويه يجزئه أن يجعله عن أحدهما) ش: وذلك لأنه يجعل الثواب لأحدهما، وإنما يحصل الثواب بعد الأداء فنفلوا ميتة عنها قبل الأداء.

فبعد ذلك، إذا جعل ثواب حجته لأحدهما جاز. م: (لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له، وذلك) ش: أي جعل ثواب حجه له. م: (بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه) ش: لعدم." (١)

"مسائل منثورة هل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم، والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان، فلا يقع عبادة دونهما. وجه **الاستحسان** أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم

ـــــــ [مسائل منثورة في الحج]

م: (مسائل منثورة) ش: أي هذه مسائل منثورة أي متفرقة أو مسائل شتى قاله الكاكي - رحمه الله - أي لم تدخل في الأبواب. وقال الأكمل: من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من مسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة، تكثيرا للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل شتى أو مسائل متفرقة أو مسائل لم تدخل في الأبواب.

م: أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) ش: هذه المسألة من خواص " الجامع الصغير "، قوله أجزأهم أي وقوفهم حتى يتم حجهم به. صورة المسألة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة؛ لأن اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر. م: (والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية) ش: يعني قياسا على ما إذا وقفوا، يوم التروية وهو يوم الثامن من ذي الحجة. وشهد الشهود أنهم وقفوا في هذا اليوم، يعني يوم التروية حيث لا يجوز ثم أوضح وجه القياس بقوله. م: (وهذا لأنه) ش: أي لأن الوقوف. م: (عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما) ش: أي دون الزمان والمكان المعهودين، ويوجه المقيس عليه. قال مالك - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - في الأصح وأحمد - رحمه الله - في رواية وعن أحمد - رحمه الله - في الأصح أنه يجزيهم فكذا هذا.

م: (وجه **الاستحسان** أن هذه شهادة قامت على النفي) ش: ولكن بقي جواز وقوفهم وجواز حجهم فلا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٨١

يقبل؛ لأن المقصود من النية الإثبات. وبالنفي لا يحيط العلم ولا شهادة بدون العلم.

فإن قيل: لو ادعت امرأة أن زوجها قال لها أنت طالق، وادعى الزوج أنه استثنى بعد ذلك، فشهدوا على أنه لا استثنى يقبل، وكذا لو ادعت أنه لو قال: المسيح ابن الله، وقال الزوج: إنه وصل ذلك بقوله قول النصارى تقبل الشهادة أنه لم يقل قول النصارى. وهذا معنى قول.

قلنا: هذه الشهادة قامت على أمر شاهد معاين وهو هلال ذي الحجة قلنا وهو السكوت.

فإن قيل: هنا أيضا قامت على أمر معين وهو هلال ذي الحجة.

قلنا: لا كذلك؛ لأن رواية الهلال لا تدخل تحت الحكم.

م: (وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم) ش: أي وقامت أيضا هذه الشهادة على أمر لا يدخل تحت." (١)

"لأن المقصود منها نفي حجهم، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل، ولأن فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه، والتدارك غير ممكن، وفي الأمر بالإعادة حرج بين، فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية؛ لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة، ولأن جواز المؤخر له نظير، ولا كذلك جواز المقدم. قالوا: ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا؛ لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة. وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة.

ــــــــــــــــــــ حكم القاضي؛ لأن البر من باب المنازعات، فصار كأنهم عهدوا بأنه لم يصل، فلا يجب على القاضي شيء. م: (لأن المقصود منها نفي حجهم، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل) ش: أي الشهادة، وذلك لما ذكرنا. م: (ولأن فيه) ش: للزوجة بأن من **الاستحسان** أي في الخطأ في عرفة أو في الوقوف يوم عرفة أو في عدم جواز الحج. م: (بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه) ش: لأن تغيير هذا اللفظ يتعذر.

م: (والتدارك غير ممكن، وفي الأمر بالإعادة حرج بين، فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه) ش: فيجعل عفوا لئلا يكون تكليفا بما ليس في الوسع. م: (بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية؛ لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة) ش: يعني بالوقوف فيها. م: (ولأن جواز المؤخر له نظير) ش: كقضاء الصلاة وقضاء الصيامات فيجزيهم الوقوف يوم النحر. م: (ولا كذلك جواز المقدم) ش: فإنه لا نظير له في الشرع، فلا يجزيهم الوقوف بيوم التروية.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٩٦

فإن قلت: له نظير آخر أيضا، ألا ترى أن صلاة الفطر تقدم عن وقتها يوم عرفة.
قلت: هذا أمر مثبت بخلاف القياس، فلا يقاس عليه.
م: (قالوا) ش: أي العلماء وأصحاب أبي حنيفة - رحمه الله -. م: (ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا؛ لأنه ليس فيها) ش: أي في هذه الشهادة. م: (إلا إيقاع الفتنة) ش: قال - عليه الصلاة والسلام -: «الفتنة نائمة، لعن الله من أيقظها» . وعن محمد - رحمه الله - جاز للشهود أن يقضوا مع الإمام، ويجوز حجهم. م: (وكذا إذا شهدوا) ش: وفي بعض النسخ وكذلك أي وكذلك الحكم في عدم قبول شهادتهم أو شهدوا. م: (عشية عرفة برؤية الهلال) ش: صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عقبة عرفات وقالوا إن كنا رأينا الهلال، يعني هلال ذي الحجة، وهذا اليوم هو التاسع.
م: (ولا يمكنه) ش: أي والحال أن الإمام لا يمكنه. م: (الوقوف في بقية الليل مع سائر الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة) ش: ويقفون من الغد بعد الزوال؛ لأنهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف، صار كأنهم شهدوا بعد الوقوف، فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس." (١)

"انعقد موقوفا على الإجازة.
وقال الشافعي - رحمه الله -: تصرفات الفضولي كلها باطلة؛ لأن العقد وضع لحكمة، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فتلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله، ولا ضرر في انعقاده، فينعقد موقوفا، حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد.
ــــــــQقلت: يمكن فرض المسألة في موضع لا سلطان فيه، ولا قاضي كدار الحرب مثلا، ومن تصور تزويج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز، لأن النكاح عيب وليس بكسب، ولا يجوز إجازة المكاتب، وكذا إجازة المولى، لأنه أجنبي عن كسب المكاتب.
م: (انعقد موقوفا على الإجازة) ش: وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال أبو عمر في " التمهيد ": لم يختلف قول مالك وأصحابه في العبد يتزوج بغير إذن سيده، إذ السيد بالخيار إن شاء أجازه، وإن شاء فسخه.
وقال يحيى بن سعيد الأنصاري: الأمر عندنا بالمدينة على هذا. وقال إسماعيل القاضي: وهو قول سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والشعبي، والحكم، وجعل مالك التفرقة طلاقا، وأجازوا توقف البيع على

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤/٤٩٧

إجازة المالك، وأجمعوا على توقيف الوصية على قبول الموصي له.

[تصرفات الفضولي في النكاح]

م: (وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلها باطلة) ش: وبه قال أحمد في رواية م: (لأن العقد وضع لحكمة) ش: بناء على المقاصد الأصلية هو الحكم م: (والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فتلغو) ش: وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإذا كان لا يقدر كان كلامه لغوا.

م: (ولنا أن ركن التصرف) ش: وهو الإيجاب والقبول م: (صدر من أهله) ش: وهو العاقل البالغ حال كونه م: (مضافا إلى محله) ش: وهو الأنثى من بنات آدم، ليست بمحرم، ولا معتدة، ولا مشركة، ولا زائدة على العدد المنصوص م: (ولا ضرر في انعقاده) ش: أي في انعقاد التصرف لكونه غير لازم م: (فينعقد موقوفا) ش: كيلا يلحق الضرر بالغائب م: (حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه) ش: وإلا أبطله.

م: (وقد يتراخى حكم العقد عن العقد) ش: وهو جواب عن قول الشافعي: لأن العقد قد وضع لحكمة، هذا قول بالموجب، يعني سلمنا ذلك، لكن الحكم هنا لم يعدم، بل أخر إلى الإجازة، والحكم قد يتراخى عن العقد كالبيع بشرط الخيار، فإن لزومه متراخ إلى سقوط الخيار، ثم أبعد إذا سمها، ثم أجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول، ومهر آخر بالإجازة قياسا، لأن الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد.

وفي **الاستحسان** يلزمه مهر واحد؛ لأن مهر المثل إنما يلزمه بالعقد، فلولاه للزم الحد، والمسمى أيضا يلزمه بحكمة العقد، فلو لزم المهران للزم في العقد الواحد مهران، وذا لا." (١)

"ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر - رحمه الله -: مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه. ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع، وقد صار مقتضيا بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير،

ــــــــQولنا حديث عقبة بن عامر، الذي زوجه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يعطها شيئا، وروى ابن أبي شيبة من حديث كريب بن هشام، وكان من أصحاب عبد الله أنه تزوج امرأة على أربعة آلاف ودخل بها قبل أن يعطيها شيئا.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢٤/٥

[سمى أقل من عشرة في المهر]

م: (ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا) ش: وقال ابن القاسم في " المدونة ": إن سمى أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم إن كمل قبل الدخول ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وإلا فسخ عليه وبعد الدخول أجبر على تكميله أقل الصداق، وإن طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى.

وقال غيره من المالكية: التسمية فائدة ويفسخوا على كل حال، ولم يوجبوا مهر المثل، وأوجبوا مهر المثل في تسمية الخمر والخنزير، وصححوا العقد.

م: (وقال زفر: مهر المثل) ش: أي يجب مهر المثل م: (لأن تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه) ش: يعني فلا تسمية كما في الخمر والخنزير وهو القياس.

م: (ولنا) ش: وهو وجه **الاستحسان** م: (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع) ش: وحق الشرع يتأدى بالعشرة وهو معنى قوله: م: (وقد صار مقتضيا بالعشرة) ش: باعتبار أن العشرة في كونها صداقا لا يتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، كما لو أضاف النكاح إلى بعضها صح في جميعها م: (فأما ما يرجع إلى حقها) ش: أي إلى حق المرأة م: (فقد رضيت بالعشرة لرضاها بدونها) ش: أي بما دون العشرة؛ لأن من رضي بخمسة فقد رضي بالعشرة بلا شك، وما زاد على العشرة فهو حقها، ثم رضاها بالخمسة إسقاط حقها وتفضي عن حق الشرع، فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فتتم العشرة، بخلاف ما إذا لم يوجد التسمية، لأن الإنسان قد رضي بإسقاط الحق تكرما وتفضلا طلبا للتناسل الجميل، ولا يرضى الشيء القليل لما إذا كانت راضية بالعشرة.

م: (ولا معتبر بعدم التسمية) ش: هذا جواب عن قوله: كانعدامه تقريره أن هذا القياس غير صحيح م: (لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما) ش: أي لأجل التكرم على الزوج م: (ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) ش: ترفعا في المعاوضة فلا تكون التسمية دليلا على عدم الرضى بالعشرة، فلذلك لم يجب العشرة وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة، فإنه رضا بها لا محالة.." (١)

"قال: وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا، استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد، فلا تصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه وذكر القدوري – رحمه الله – في شرحه: أن المانع إن كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٣٧

ـــــــQهذا ليست خلوة صحيحة؛ لأن السبب الظاهر وهو سلامة الآلة أقيم مقام الأمر الخفي في العنين، كما هو الأصل، والمانع من الوطء فيه خفي، وربما لا يتحقق بخلاف المريض، فإن المانع ثمة ظاهر، وهو المرض يعتبر الظاهر. وفي " البدائع ": في خلوة العنين والخصي صحيحة؛ لأنهما لا يمنعان الجماع كغيرهما، وفي " القنية ": صحة خلوة العنين إجماع، ومثله في " التحفة " و" العيون ".

م: (ولأبي حنيفة أن المستحق عليها بالعقد التسليم) ش: بأقصى ما في وسعها من التمكين م: (في حق المستحق) ش: أي المس م: (وقد أتت به) ش: أي والحال أنها قد أتت به، أي بالتسليم المستحق عليها

م: (قال) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير " م: (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) ش: أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة م: (احتياطا) ش: أي لأجل الاحتياط م: (استحسانا) ش: أي على وجه **الاستحسان** فيما تصح الخلوة، وفيما لا تصح، والقياس أن لا تجب العدة؛ لأنه لم توجب الخلوة، فلا تجب العدة، وكذا بعد الخلوة لوجود الجامع، وهو كونه طلاقا قبل الدخول.

وجه **الاستحسان** هو قوله م: (لتوهم الشغل) ش: بفتح الشين المعجمة، نظرا إلى المنع الحقيقي م: (والعدة حق الشرع) ش: يدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها، والتداخل يجري فيها، وحق العبد لا يتداخل

م: (والولد) ش: أي وحق الولد، لقوله - عليه السلام -: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره» والمقصود غاية نسب الولد وهو حقه م: (فلا تصدق) ش: أي المرأة م: (في إبطال حق الغير) ش: بقولها لم يطأني، وقيل: معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله: لم أطأها.

م: (بخلاف المهر) ش: فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة م: (لأنه مال لا يحتاط في إيجابه) ش: لأنه لا يجب بالشك، فلا يجب إذا لم تصح الخلوة.." [1]

"وكذا إذا كان المهر مكيلا، أو موزونا أو شيئا آخر في الذمة؛ لعدم تعينها. فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء في قولهم جميعا، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر - رحمه الله -؛ لأنه سلم المهر له بالإبراء، فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول. ووجه **الاستحسان** أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود.

ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره، أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل

ـــــــQم: (وكذا) ش: أي وكذا يرجع عليها بالنصف م: (إذا كان المهر مكيلا، أو موزونا، أو شيئا آخر في

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٥٢/٥

الذمة) ش: كالعدة، وليس في الكثير من النسخ لفظ " أو شيئا "؛ بل هو " أو موزونا آخر " بلفظ: " آخر " صفة الموزون.

وقال الأترازي: أو موزونا آخر غير الدراهم والدنانير - يعني غير مقبوض بأن تزوجها، وجعل مهرها كذا وكذا أكرا من الحنطة، أو الشعير، أو كذا وكذا رطلا من الأشياء التي توزن، أو شيئا آخر عين المكيل والموزون، وكل ذلك بلا قبض، وعلل هذا بقوله: م: (لعدم تعينها) ش: أي لعدم تعيين هذه الأشياء عند العقد، ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت. م: (فإن لم تقبض الألف) ش: أي فإن لم تقبض المرأة الألف التي أصدقها عليها م: (حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما) ش: أي من الزوجين م: (على صاحبه بشيء) ش: من ذلك م: (في قولهم جميعا) ش: أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه استحسانا. م: (وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر؛ لأنه) ش: أي لأن الزوج م: (سلم المهر له بالإبراء) ش: وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه م: (فلا تبرأ) ش: أي المرأة م: (عما يستحقه) ش: أي الزوج م: (بالطلاق قبل الدخول) ش: فالزوج يسلم له وهو النصف.

م: (ووجه الاستحسان أنه) ش: أي أن الزوج م: (وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر) ش: لكن بسبب آخر وهو الإبراء م: (ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) ش: وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر؛ لأن الأسباب غير مطلوبة لذاتها بل لأحكامها، ألا ترى أن من يقول لآخر: لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، وقال الآخر: الجارية جاريتك ولي عليك ألف، لزمه المال لحصول المقصود، وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية.

م: (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره، أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل." [1]

"فقبضته أو لم تقبض، فوهبت له، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء، وفي القياس، وهو قول زفر - رحمه الله - عليها بنصف قيمته؛ لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره. وجه الاستحسان: أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها، وقد وصل إليه، ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر دينا، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل. ولو تزوجها على حيوان، أو عروض في الذمة فكذلك الجواب؛ لأن المقبوض متعين في الرد،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٦٢/٥

ـــــــــــــــدينا فهو بمنزلة الدراهم م: (فقبضته أو لم تقبضه) ش: سواء في حكم المسألة م: (فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) ش: استحسانا وبه قال الشافعي في القديم، وفي الجديد يرجع، وهو قول مالك، وأحمد في رواية، وهو قول زفر.

م: (وفي القياس. وهو قول زفر رجع عليها بنصف قيمته؛ لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره) ش: يعني في قوله: لأنه يسلم لها المهر في الإبراء فلا تبرأ بما تستحقه.

م: (**وجه الاستحسان**: أن حقه) ش: أي حق الزوج م: (عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها) ش: بلا عوض م: (وقد وصل إليه) ش: عين المهر بلا عوض من جهتها، فحصل مقصوده، فلا يرجع بشيء، كما عجل الدين المؤجل قبل حلول الأجل، وكمن عجل الزكاة قبل الحلول.

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل حصول حقه إليه م: (لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه) ش: أي مكان ما تستحقه بالطلاق قبل الدخول؛ لتعينه في الرد م: (بخلاف ما إذا كان المهر دينا) ش: يجري فيه العوض كالمكيل والموزون حيث يرجع عليها بالنصف؛ لأن المقبوض لا يتعين بالرد، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها.

م: (وبخلاف ما إذا باعت) ش: يعني الصداق المعوض م: (من زوجها لأنه وصل إليه ببدل) ش: أي بعوض؛ لأنه اشتراه منها والسلامة بعوض كلا سلامة، فلا ينوب عما التحقه بالطلاق، فيرجع عليها بنصف المهر.

م: (ولو تزوجها على حيوان) ش: بأن تزوجها على حمار، أو فرس أو نحوهما م: (أو عروض) ش: أي أو تزوجها على عروض حال كونها م: (في الذمة) ش: بأن قال: ثوب هروي بين جنسه ونوعه م: (فكذلك الجواب) ش: أي لا يرجع عليها بشيء قبض أو لم يقبض، وعلى قول الشافعي: لا تصح التسمية، ويجب مهر المثل.

وعن مالك في رواية وأحمد – في رواية –: بطل النكاح لجهالة المسمى، وعندنا صح العقد ووجب الوسط، وأنها لا ترجع بشيء م: (لأن المقبوض متعين في الرد) ش: أن الأصل في العرض الحيوان العينية، وثبوته في الذمة على خلاف الأصل للضرورة لما فيه من الجهالة، وكان." (١)

"ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله – ويملك قبضه بعد بلوغه، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٦٤

باعتبار أنه عاقد، ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه.

ـــــــQم: (ومباشر) ش: أصيل في حقوقه م: (حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه) ش: وحقوق العقد مثل تسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما.

وفي " الغاية ": هذا كما لو أنه زوج الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج، أما إذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر يصح إذا قبلت المرأة ذلك ولم يتعرض إليه المصنف، وإذا أدى الأب بعد ذلك لم يرجع على الأب استحسانا.

وفي القياس: يرجع، لأن غير الأب لو ضمن بإذن الأب وأدى يرجع في مال الصغير فكذلك الأب. وجه **الاستحسان** أن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان، فحينئذ يرجع بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع؛ لأن الشرع من الوحي لا يوجد عادة، هذا إذا أدى الأب بعد الضمان، أما إذا مات قبل الأداء فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الأب، لأن الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت، ثم إذا استوفت من التركة. قال في " المبسوط ": يرجع على سائر الورثة بذلك في نصيب الابن، وعليه إن كان قبض نصيبه. وقال زفر: لا يرجع ولم يذكر خلاف أبي يوسف فيه. وفي " الكافي" للحاكم الشهيد أيضا، والولوالجي في "الفتاوى " ذكر خلاف أبي يوسف كما هو مذهب زفر، وكذا أثبت خلاف أبي يوسف في " خلاصة الفتوى " منقول عن " المحيط " أن الخصاف ذكر ذلك، وإن كان الضمان عن الأب في مرض الموت فهو باطل، وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث فهو باطل، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك، لأنه ولي عليه كالصغير، سواء كان الجنون أصليا أو عارضا.

ولو زوج الأب طفله الصغير امرأة بمهر معلوم لا يلزم المهر أباه إلا إذا ضمن. وقال مالك والشافعي - في القديم -: المهر على الأب لأنه ضمن دلالة، قلنا: الصداق على أخذ الساق بالآثار.

م: (ويصح إبراؤه) ش: أي إبراء الأب الثمن من المشتري م: (عند أبي حنيفة ومحمد) ش: وذكر شمس الأئمة السرخسي في "مبسوطه " صحة الإبراء ولم يذكر الخلاف م: (ويملك قبضه بعد بلوغه) ش: أي يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصبي، هذا إيضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع م: (فلو صح

الضمان) ش: أي ضمان الأب الثمن عن المشتري في البيع م: (يصير ضامنا لنفسه) ش: فلا يصح وقد مر بيانه.." (١)

"قال: وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها، أي يسافر بها، ليتعين حقها في البدل كما تعين في حق الزوج في المبدل وصار كالبيع.

ـــــــم: (وولاية قبض المهر للأب) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال: كيف قلتم: إن الأب سفير لا يرجع حقوق العقد إليه، وله ولاية قبض مهر الصغير، وقال الكاكي: تقدير السؤال أن يقال: الأب يملك قبض الصداق كالوكيل يملك قبض الثمن، فلو صح ضمانه يصير ضامنا لنفسه، وذا لا يجوز هناك، وكذا في الأب فأجاب عنه بقوله: وولاية قبض المهر للأب م: (بحكم الأبوة) ش: أي بولاية الأبوة م: (لا باعتبار أنه عاقد) ش: ثم لا يشترط إحضار الزوجة حتى يقبض الأب مهرها عند علمائنا، وعند زفر وهو قول أبي يوسف الآخر فتشترط. وفي " المرغيناني ": لا يشترط ولم يحك خلافا.

م: (ألا ترى أنه) ش: أي الأب م: (لا يملك القبض) ش: أي قبض المهر م: (بعد بلوغها) ش: أي عند هبتها إياه عن القبض، فلو كان باعتبار أنه عاقد يقبض بعد البلوغ أيضا، كما في ثمن المبيع وقال الولوالجي في "فتاواه ": للأب أن يطالب بمهر البكر، وإن كانت كبيرة، والقياس أن لا يطالب لأن ولاية الأب تنقطع عنها بالبلوغ. ووجه **الاستحسان** أن العادة فيما بين الناس أن الآباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات، والبنت تكون راضية بتصرف الأب، لأنها تستحي عن المطالبة بنفسها، ولو رغب أباها عن قبض الصداق لا يملك الأب المطالبة، وليس لأحد من الأولياء أن يقبض الجارية المدركة مهرها إلا بوكالة منها. ثم الأب في حق البكر البالغة إنما يملك قبض صداقها المسمى لا غير، حتى إن المسمى إذا كان بيضا والأب قبض السود لا يجوز لأنه استبدال، والأب لا يملك الاستبدال. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا مذهب علمائنا، وروي عن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك حتى من قبض بعض العبد أن من جنس المسمى، وبالنصف ضياعا يجوز، قال: هذا أرفق بالناس. وقال في " الفتاوى الصغرى ": لو قبض السود مكان البيض أو على العكس لا يجوز وإن قبض الضياع لا يجوز إلا في موضع جرت العادة كما في (...) يأخذون بعض المهر ضياعا. م: (فلا يصير ضامنا لنفسه) ش: توضيح لما قبله، م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (وللمرأة أن تمنع نفسها) ش: أي من الزوج م: (حتى تأخذ المهر) ش: هذا إذا كان المهر عاجلا، أما إذا كان مؤجلا ففيه اختلاف بين أصحابنا على ما يجيء إن شاء الله تعالى. م: (وتمنعه)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٨٧

ش: أي ولها أيضا أن تمنع زوجها م: (أن يخرجها، أي يسافر بها) ش: فسر الإخراج بالمسافرة م: (ليتعين حقها في البدل) ش: أي لتعين حق المرأة في المهر م: (كما تعين في حق الزوج في المبدل) ش: وهو البضع م: (وصار كالبيع) ش: يعني أن البائع يحبس المبيع لطلب الثمن، فكذلك المرأة تحبس بضعها لطلب المهر.." (١)

"ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة.

ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها، ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل، ووجهه أن سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودا، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد

ـــــــبالدخول ومهر بالقصد بالإجازة، وفي **الاستحسان** يلزمه مهر واحد. م: (ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة) ش: يعني طريقة إجراء اللفظ المطلق على الإطلاق، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف. وقال الكاكي - رحمه الله تعالى -: هذه طريقة أخرى. وفي المسألة طريقتان: إحداهما ذكرت في المتن.

الثانية: أن الحاجة إلى إذن المولى لشغل رقبته بالمهر، لا بتمليك البضع، لأن العبد في حقه يبقى على أصل الحرية، ومسألة اليمين ممنوعة على الطريقة الأولى، لا على الطريقة الثانية، على ما لا يخفي. وثمرة اختلافهم في هذه المسألة تظهر فيما إذا جدد العقد عليها بشرائط الصحة بلا إذن، وتزوج امرأة أخرى صحيحا بغير إذن لا يجوز عند أبي حنيفة، لانتهاء الأمر بالفاسد، وعندهما يجوز لعدم الانتهاء، لأنه لا يتناول الفاسد، كذا ذكر في " المبسوط ".

[زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة]

م: (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز) ش: المراد بالمأذون المديون، صرح به في " الكافي " وجاز النكاح، والمهر في رقبته م: (والمرأة أسوة للغرماء في مهرها) ش: وقال الشافعي: المهر والنفقة يتعلقان بربح على ما في يده الحاصل بعد النكاح، وفي أظهر قوليه الربح سواء حصل بعد النكاح أو قبله، وهل يتعلق برأس المال فيه وجهان. أظهرهما لا يتعلق.

م: (ومعناه) ش: أي معنى قولنا: والمرأة أسوة للغرماء م: (إذا كان النكاح بمهر المثل) ش: تضرب المرأة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٨٨

في ثمن العبد بمهرها، وتضرب الغرماء على قدر ديونهم، وذلك كما إذا استهلك العبد مال إنسان يكون صاحب المال أسوة الغرماء.

م: (ووجه ذلك) ش: أي وجه كون المرأة أسوة للغرماء من حيث م: (أن سبب ولاية المولى) ش: للإنكاح م: (ملك الرقبة على ما نذكره) ش: أي فيما بعد هذه المسألة بقوله: - ولنا أن النكاح إصلاح ملكه - لأن في تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك م: (والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودا) ش: قيد بقوله - مقصودا - لأن المانعية إنما تتحقق بذلك، وأما إذا كان خفيا فلا يعتبر به، وهاهنا كذلك، لأن محلية النكاح للآدمية، وحق الغرماء لا يلاقيها.

م: (إلا أنه إذا صح النكاح) ش: فولاية المولى تحصينا لملكه م: (وجب الدين بسبب لا مرد." [(١)]

"ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة، ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها لا مهر لها، ولا نفقة، لأن الفرقة من قبلها. قال: وإذا ارتدا معا، ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا. وقال زفر - رحمه الله -: يبطل؛ لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردة أحدهما. ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - بتجديد الأنكحة، والارتداد منهم واقع

ـــــــم: (ولهذا) ش: توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الإباء، أي لأجل ذلك م: (تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء) ش: أي على حكم الحاكم؛ لأنها ليست للمنافاة، فتوقف حكمه على القضاء م: (ولا تتوقف) ش: على القضاء م: (بالردة) ش: لأن النافي لا يتوقف حكمه على القضاء كالمحرمية م: (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها) ش: بالنص م: (وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها، ولا نفقة؛ لأن الفرقة من قبلها) ش: فلذلك يسقط المهر، والنفقة كالناشزة لا نفقة لها.

م: (قال ارتدا معا) ش: أي ارتد الزوجان معا م: (ثم أسلما معا فلهما نكاحهما استحسانا) ش: أي من **الاستحسان** م: (وقال زفر: يبطل) ش: وهو القياس وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد م: (لأن ردة أحدهما منافية، وفي ردتها ردة أحدهما) ش: إذا كانت منافية للنكاح، فردتها بالطريق الأولى.

م: (ولنا ما روي) ش: وهو وجه **الاستحسان** م: (أن بني حنيفة) ش: وهم حي من العرب م: (ارتدوا، ثم

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٢١٤

أسلموا ولم يأمرهم الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - بتجديد الأنكحة) ش: قال مخرج الأحاديث: هذا غريب. قال الأترازي: وجه **الاستحسان** ما روى أصحابنا في " المبسوط " وغيره أن بني حنيفة ارتدوا لمنع الزكاة، وبعث إليهم أبو بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - الجيوش حتى أسلموا، ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة، ولا أحد من الصحابة، وإجماعهم حجة يترك به القياس.

فإن قلت: من الجائز أنهم ارتدوا على التعاقب، فمن أين يعرف أنهم ارتدوا جميعا، بل الغالب التعاقب في الردة، وهو الظاهر.

قلت: ترك الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - عن تجديد الأنكحة دليل على عدم التعاقب؛ لأنه لو كان ارتدادهم على التعاقب لأمروا بتجديد الأنكحة، لأن السكوت عن الحق لا يليق بجنابهم.

م: (والارتداد منهم واقع معا) ش: هذا جواب عما يقال: إن ارتداد بني حنيفة ما وقع جملة حتى يستقيم التعلق به، فأجاب بقوله: م: (والارتداد منهم) ش: أي من بني حنيفة م: (واقع) ش: منهم." (١)

"وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. وجه قولهما، وهو **الاستحسان**، أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة. وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - أن المراد بمثله الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرنا.

ـــــــوعلل بأن الشيء الواحد حدا ومحدودا، فيلغو آخر كلامه ويبقى قوله أنت طالق. وقال السروجي: فيه نظر لأن إلى واحدة نكرة، وهي غير الواحدة بالأولى فلا تكون الواحدة حدا ومحدودا.

ومن جوامع الفقه من واحدة إلى واحدة ولم يحك خلافا، ومن واحدة إلى أخرى وإلى الثانية: واحدة عنده، وعندهما ثنتين ومن ثنتين إلى ثنتين اثنتان عندهما. وعنده ثلاث. في " المبسوط " ما بين واحدة إلى أخرى على قياس قول زفر لا يقع شيء. وعند أبي حنيفة يقع واحدة، وعندهما ثنتان. ومن واحدة إلى واحدة قيل على الخلاف وقيل تقع واحدة بالاتفاق، وتلغو الغاية وفيه ما بين واحدة إلى الثلاث أو من واحدة إلى الثلاث فهو واحدة في القياس، وبه قال زفر، وعندهما ثلاث وعند أبي حنيفة ثنتان.

م: (وهو القياس) ش: أي قول زفر هو القياس م: (لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية) ش: أي تحت الشيء التي تضرب له الغاية، وهو المعنى لأن الغاية إنما تذكر للفصل بينها وبين المضروب، فينبغي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٤٨/٥

أن لا يدخل تحته ليحصل الفصل بينهما كما في الممسوحات، كذا في " جامع البرهاني " م: (كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط) ش: لا يدخل الجدار في البيع.

م: (وجه قولهما) ش: أي وجه قول أبي يوسف ومحمد م: (وهو **الاستحسان**) . أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف) ش: أي في عرف الناس م: (يراد به الكل، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة) ش: كان له أن يأخذ المائة، وكذا لو قال كل من الملح إلى الحلو يريد به تعميم الإذن، وكذا لو اشتر لي هذا العبد من مائة إلى ألف يكون له إذن بالشراء. بألف، إذ مطلق الكلام يحمل على المتعارف.

م: (وجه قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى - عنه أن المراد بمثله) ش: أي بمثل هذا الكلام بحسب العادة، وهو أيضا يحتج بالعادة م: (الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر) ش: وهو ما بينهما م: (فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه) ش: يعني الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر. قال الأترازي: فيه نظر لأنه لا يتمشى من واحدة إلى ثنتين.

وأجيب: بأنه يتمشى أيضا لأن الأكثر فيه الثلاث، والأقل فيه الواحد والأكثر من الأقل، والأقل من الأكثر الثنتان. وقيل هذا ليس بشيء، لأن قوله لأن الأكثر فيه يعني في الطلاق -." (١)

"أما إذا نوى الوقت يقع في الحال، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما.

ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة، معناه: قال ذلك موصولا به، والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولا بها، وهو قول زفر - رحمه الله - لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه، وإن قل وهو زمان قوله: أنت طالق، قبل أن يفرغ منها. وجه **الاستحسان** أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال، لأن البر هو المقصود، ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى، وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يذكر في الأيمان إن شاء الله تعالى.

ـــــــم: (وأما إذا نوى الوقت يقع) ش: الطلاق م: (في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر) ش: يموت أحدهما م: (لأن اللفظ يحتملهما) ش: أي يحتمل الوقت والشرط، فإذا احتملهما على السواء يقع ما نوى بالإجماع، وقيل: إذا تستعمل للشرط مجازا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وكذا عندهما فينبغي أن لا يصدقه القاضي فيما إذا نوى به معنى إن؛ لأن فيه تخفيفا على نفسه. قيل في جوابه لما كثر استعماله في معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه، فجاز أن يصدقه القاضي، مع أنه قيل حقيقة فيهما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٧/٥

عنده، وفيه نوع تأمل.

[قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق]

م: (ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) ش: أي التطليقة الأخيرة المضافة إلى المعلقة بعدم التطليق م: (معناه) ش: أي معنى ما قاله محمد أو القدوري م: (قال ذلك موصولا به) ش: قيد به لأنه لو قال مفصولا يقعان بالإجماع قياسا واستحسانا، لأنه وجد الزمان الخالي عن التطليق م: (والقياس أن يقع المضاف) ش: وهو قوله ما لم أطلقك م: (فيقعان) ش: أي المضاف والتطليقة الأخيرة م: (إن كانت مدخولا بها وهو) ش: أي القياس م: (قول زفر، لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها) ش: بيانه أنه وجد ما بين اليمين، ووقوع الطلاق مقدار ما يقع فيه ستة أحرف، وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير.

م: (وجه **الاستحسان** أن زمان البر مستثنى عن اليمين به لدلالة الحال) ش: لأن الحالف إنما يحلف ليبر في يمينه ولم يمكنه البر في هذه إلا أن يجعل الساعة التي تشتغل بالإيقاع فيها مستثنى، فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحال م: (لأن البر هو المقصود، ولا يمكنه تحقيق البر، إلا أن يجعل هذا المقدار) ش: أي مقدار ما تشتغل بالإيقاع فيه م: (مستثنى) ش: عن اليمين م: (وأصله) ش: أي أصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا وبين زفر مسألة كتاب الإيمان، وأشار إليها بقوله: م: (من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته) ش: فإنه لا يحنث استحسانا وعند زفر يحنث قياسا م: (وأخواته) ش: أي وأخوات من حلف، وهي قوله لا تلبس هذا الثوب وهو لابسه، فنزعه في الحال، ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لا يحنث، خلافا لزفر م: (على ما يذكر في الإيمان إن شاء الله تعالى) ش: أي على ما يذكر أصل هذه المسألة وأخواتها في." (١)

"والقياس أن لا يقع بهذا شيء، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة - رضي الله عنهم -، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها

ـــــــــQقال: إن اختارت نفسها فثلاث، وعنه واحدة بائنة. وقال الترمذي: وذهب أكثر أهل العلم إلى قول عمر وابن مسعود من بعدهم من أهل العلم والوقفة وهو قول الثوري والكوفيين، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٣٢٩

عبيد وأبو ثور، فإن طلقت نفسها ثلاثا، فليس للزوج أن ينكر لك عند مالك وأكثر أصحابه. وقال ابن جهم وسحنون: له ذلك. وقال طاوس: اختيارها نفسها ليس بطلاق، لأن الطلاق لا يكون إلى النساء. وقال ابن عمر: ومثله قال أبو حنيفة في التخيير لا يقع به الطلاق، وأخطأ في النقل عنه.

فإن قلت: لو قال: لها أمرك بيدك أو طلقي نفسك أو أنت بائن يصح نية الثلاث، وهاهنا لا يصح مع أن فيها لفظ الأمر، مع أن الاختيار متنوع أيضا، وهو الأدنى والأعلى لما قال زيد بن ثابت.

قلت: أجاب بعضهم بأن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس، وإنما يثبت ذلك بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم -، والإجماع انعقد بالطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل. قلت: فيه نظر وقوع تأمل. وأشار شيخ الإسلام بأن الأمر اسم عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى: ﴿والأمر يومئذ لله﴾ [الانفطار: ١٩] أراد به الأشياء كلها، فصلح اسما لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كأنه قال طلاقك بيدك، والطلاق يحتمل العموم والخصوص. فأما اختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص والصفوة وثبوت البينونة، وفيه مقتضى الصفوة، فلم يصح فيه العموم. ثم لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا، وبه قال الشافعي، وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود وأبي الدرداء وغيرهم غير علي، «فقالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - خيرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاخترناه» ولم يكن ذلك طلاقا. وعن علي - رضي الله تعالى عنه - في رواية تقع رجعية، وبه قال الحسن البصري وربيعة.

م: (والقياس أن لا يقع بهذا) ش: أي يقتضي القياس أن لا يقع بقوله اختاري م: (شيء) ش: كما ذهب إليه طاوس م: (وإن نوى الزوج الطلاق) ش: واصل بما قبله م: (لأنه) ش: أي لأن الزوج م: (لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ) ش: أي بقوله - اختاري - م: (فلا يملك التفويض إلى غيره) ش: لأن من لا يملك الشيء كيف يتصرف فيه.

م: (إلا أنا استحسناه) ش: أي قلنا **بالاستحسان** م: (لإجماع الصحابة) ش: - رضي الله تعالى عنهم - م: (ولأنه) ش: أي ولأن الزوج م: (بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها) ش: أي للزوج التصرف في امرأته إن شاء يبقيها بحسب ما يريد، وإن شاء فارقها ولا حجر عليه." (١)

"فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي، **وجه الاستحسان** حديث عائشة - رضي الله عنها -، فإنها قلت لا بل أختار الله ورسوله، واعتبره النبي - عليه السلام - جوابا منها ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال، وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وفي أداء الشهادة، بخلاف قولها

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٧٦/٥

أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال؛

ـــــــQوالاحتمال م: (فصار هذا كما إذا قال لها طلقي نفسك، فقالت أنا أطلق نفسي) ش: أي فلا يقع الطلاق قياسا واستحسانا، وبه قال الشافعي إلا إذا قال أردت إنشاء الطلاق، فحينئذ يقع.

م: (وجه **الاستحسان** حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها -، فإنها قالت لا بل أختار الله ورسوله، واعتبره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جوابا منها) ش: هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن ابن شهاب عن أبي سلمة «عن عائشة قالت لما أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمري أبويك، وقد علم أن أبواي يأمراني بفراقه، قال إن الله تعالى قال ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى قوله ﴿أجرا عظيما﴾ [الأحزاب: ٢٩] (الأحزاب: الآية ٢٨) ، فقلت ففي هذا أستأمر أبواي، فإني أريد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والدار الآخرة، ثم فعل أزواج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مثل الذي فعلت» . وفي لفظ لمسلم «بل أختار الله ورسوله» . وروى الأئمة الستة في كتبهم عن مسروق «عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت خيرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاخترناه فلم يعدده علينا شيئا» . وفي لفظ لهما فلم يعد ذلك طلاقا.

م: (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال، ويجوز في الاستقبال) ش: قال الأترازي فيه نظر، لأن أهل اللغة قالوا إن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال، وكلامهم فيما يتعلق بالوضع والمشترك يدل على المعنيين جميعا بسبيل الحقيقة، لكن يترجح أحد المعنيين بالدليل، وقد دل على إرادة الحال فيما نحن فيه انتهى.

قلت: إطلاق النظر فيه غير مسلم، لأن فيه خلافا، منهم من قال مثل قول المصنف، ومنهم من قال بالعكس، ومنهم من قال بالاشتراك، وهو قول مرجوح، لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى، لأن الاشتراك مخل بالفهم. ومعنى قول المصنف - رحمه الله تعالى - حقيقة في الحال يعني بحسب استعمال الشرع والعرف، ويقال فلان يختار كذا، وأنا أختار كذا، ويقال أنا أملك كذا من العبيد وغيرها، والمراد الحال، وأشار إلى ذلك بقوله. م: (كما في كلمة الشهادة، وفي أداء الشهادة) ش: أي يدل على الحال لفظ أشهد في كلمة الشهادة، وفي أداء الشهادة فإن لفظ أشهد فيها يدلان على الحال شرعا، فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، يعتبر ذلك منه إيمانا، لا وعدا بالإيمان. وكذا الشهادة إذا قال شهد بكذا فلا يعاد إلى المجاز م: (بخلاف قولها) ش: أي قول المرأة م: (أنا أطلق

نفسي) ش: في الجواب عن قول الزوج اختاري م: (لأنه تعذر حمله على الحال) ش: لأنه الطلاق ليس من عمل." (١)

"آخر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض، وقوله: مكثت يوما ليس للتقدير به، وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه، لا مطلق العمل.

ــــــQآخر، لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى) ش: أي المجلس م: (إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض) ش: وقطع المجلس بقيامها عنه، والإعراض يأخذها في عمل آخر، سواء كان دينيا أو دنياويا، وكان القياس أن يكون لها الخيار أبدا لإطلاق الأمر، ولكنه ترك وأخذ **بالاستحسان** لإجماع الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – بقولهم للمخيرة المجلس.

م: (وقوله) ش: أي قول " الجامع الصغير " م: (مكثت يوما ليس للتقدير به) ش: أي ليس لتقدير الخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائم، سواء كان قليلا أو كثيرا، ما لم يوجد ما يدل على الإعراض، وفي " المغني " للحنابلة: الأمر باليد لا يقتصر على المجلس بقول علي – رضي الله تعالى عنه – حتى الكل، وقال ابن قدامة: لا نعرف له مخالفا في ذلك، فيكون إجماعا، ولأنه توكيل في الطلاق فيكون على التراخي كما لو جعله في يد أجنبي.

قلت: دعواه الإجماع غير صحيح، لأن قول جماعة من الصحابة والتابعين – رضي الله تعالى عنهم – أن لها الخيار ما دامت، فمن الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وجابر وغيرهم – رضي الله تعالى عنهم – ومن التابعين: إبراهيم، ومجاهد، وعطاء، وعمرو بن دينار، وطاوس، والشعبي، وأحرز ذلك كله ابن أبي شيبة في "مصنفه".

وقال أصحابنا: هم إجماع الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – وعدم علمه مخالفا لعلي – رضي الله تعالى عنه – لا يستلزم عدم علم غيره، لأن إجماع الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – إلى خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب إلى علي – رضي الله تعالى عنه – وقوله أنه توكيل غير صحيح، لأنه تمليك عند الأئمة، وقوله كما لو جعله في يد أجنبي باطل، لأنه يقتصر على المجلس في الأجنبي أيضا، إلا إذا كان وكيلا عنه.

م: (وقوله) ش: أي قول محمد – رحمه الله تعالى – م: (ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف به

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٣٧٩

أنه قطع لما كان فيه) ش: أي قطع المجلس الذي كان المجلس واقعا فيه ذكر الشيء، واللام في لما زائدة، كما في قوله تعالى ﴿ردف لكم﴾ [النمل: ٧٢] (النمل: الآية ٧٢) أي ردفكم م: (لا مطلق العمل) ش: أي ليس مراد محمد مطلق العمل، حتى لو لبست ثيابها من غير قيام أو أكلت أو شربت أو قرأت قليلا من القرآن أو ما أشبه ذلك، ما هو من عمل الفرقة، فكانت هي على خيارها، وهذا كما يكون في قوله أمرك بيدك، يكون في قوله اختاري، وفي قوله طلقي نفسك.." (١)

"والقياس أن لا يقع؛ لأنه شرط فلا تصدق، كما في الدخول وجه **الاستحسان** أنها أمينة في حق نفسها، إذ لم يعلم ذلك إلا من جهتها، فيقبل قولها كما يقبل في حق العدة والغشيان، لكنها شاهدة في حق ضرتها، بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها،

ــــــQوالقياس أن لا يقع ش: أي الطلاق م: (لأنه) ش: أي لأن الحيض م: (شرط فلا تصدق) ش: أي المرأة م: (كما في الدخول) ش: أي في دخول الدار، فكان ينبغي أن يكون القول قول الزوج، ولا يقع الطلاق لأنه ينكر وقوعه متمسكا بالأصل.

م: (وجه **الاستحسان** أنها أمينة في حق نفسها) ش: لأن النساء أمينات بإظهار ما في أرحامهن مأمورات بذلك لقوله تعالى ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] (البقرة: الآية ٢٢٨) ، م: (إذا لم يعلم ذلك إلا من جهتها) ش: لأنه لم يعلم الحيض إلا منها م: (فيقبل قولها) ش: في حقها م: (كما يقبل في حق العدة) ش: أي في انقضائها م: (والغشيان) ش: أي وكما قيل قولها في الغشيان، وإذا قالت أنا حائض حيث يجب الزوج عن غشيانها، وهو كناية عن الوطء.

م: (لكنها) ش: أي لكن المرأة م: (شاهدة في حق ضرتها) ش: بوقوع الطلاق عليها م: (بل هي متهم) ش: لأنها ليست بأمينة في حق ضرتها م: (فلا يقبل قولها في حقها) ش: لأن شهادة المتهم مرودة، وهذا إذا كذبها الزوج.

أما إذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها أيضا، قيل فيه بحث، وهو أن المرأة لا تخلو من الحيض وعدمه، والحال شمول طلاقها، وشمول عدمه لأنها إن كانت حائضة فقد وجد الشرط، ويقع طلاقها وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما. فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فإنه يستلزم كون الشيء موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال.

وأجيب: بأن الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متعاقدين الأمانة والشهادة، ورتب على

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٨٨/٥

ذلك حكمين بحسب اقتضائهما.

وليس ذلك ببدع في الشرع، فإنه رتب على النكاح، وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره، وفيه نظر لأن الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه.

والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض بعينه، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفي لا يطلع عليه، وإنما الكلام في الأمر الدال عليه، وهو قولها: حضت وليس فيه اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه، انتهى.

قلت: هذا ذكره الأكمل ناقلا عن كلام السغناقي، وهذا تطويل كان يكتفى عنه بشيء مختصر، بأن يقال الحيض أمر خفي لا يطلع عليه إلا الله تعالى، والمرأة هنا متهمة، والشرع رتب عليه الحكم بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال.." (١)

". . . . .

ـــــــــوقت توريث تماضر، فنقول: ما ورثها لخفاء وجه **الاستحسان** عليه، أو نقول: كانت تماضر سألت الطلاق فاعتقد ابن الزبير - رضي الله عنه - أن سؤالها يسقط الإرث، وبه نقول، ولكن عثمان إنما ورثها عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه أولى. انتهى.

وفي السروجي: وأجابوا عن قول ابن الزبير في خلافته: لو كنت أنا لم أقل بتوريثها إن لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء. وفي " البدائع ": وكان الإجماع قد انعقد على ذلك، وخلافه بعد وقوع الإجماع من الصحابة لا يقدح فيه، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع، أو خالفه لتوريثه بعد سؤالها، وقد روي ذلك، ولعل عثمان كان يرى أن ذلك لا يسقط إرثها، وفي " الجوهر " و" المحلى " في رواية كان توريث عثمان - رضي الله عنه - بعد انقضاء العدة، وروى هشام عن أبي مسلم عن أبيه أنه كان بعد العدة، وروى عنه أبو عمر أنه كان في العدة، وقال ابن حزم وعمر: هذا ضعيف، لكن ثبت من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن أبي مليكة أنه سأل عبد الله بن الزبير قال: طلق عبد الرحمن بن عوف - رضي الله تعالى عنه - بنت الأصبغ الكلبية فبتها، ثم مات في العدة فورثها عثمان، رواه عنه الحجاج بن المنهال وسعيد بن منصور، وقد اتفقا على أن توريثها كان في العدة، وهو قول الجمهور.

ويحتمل قول من قال: إنه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه أنه كان تأخير المخاصمة والقسمة وقع بعد العدة، وكان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله: فلم يلبث إلا يسيرا حتى مات، وتماضر بضم التاء المثناة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٤٢١

من فوق، وتخفيف الميم، وكسر الضاد المعجمة في آخره، بنت عمر بن الشريد السلمية. قال أبو عمر: وهي الخنساء الشاعرة بنت عمرو بن الشريد بن رباح بن ثعلبة بن جفاف بن امرئ القيس بن نهبة بن سليم قدمت على النبي – صلى الله عليه وسلم – مع قومها فأسلمت فذكروا أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يستشهد بها ويعجبه شعرها، فكانت تنشده، وهو يقول فيه بأجناس ويومئ بيده – عليه السلام – وأجمع أهل العلم بالشعر أنه لم يكن امرأة قط قبلها ولا بعدها أشعر منها. وقالوا: اسم الخنساء تماضر، وكانت حضرت حرب القادسية ومعها بنوها أربعة رجال، واستشهد الأربعة فيها، وكان عمر – رضي الله تعالى عنه – يعطي الخنساء أرزاق أولادها الأربعة لكل واحد مائتي درهم حتى قبض – رضي الله تعالى عنه –.

وفي السروجي: وروي عن عثمان – رضي الله تعالى عنه – لما قضى بتوريثها قال: فر من كتاب الله، وروي عنه أنه قال: ما فررت من كتاب الله أي ما قصدت الفرار، وحصل لها بالصلح عن ربع سهمها ثمانون ألفا. وذكر بعض أهل الحديث أنها كانت دنانير. وذكر عبد المغني في الأربعين أن ورثته كانوا يقطعون مسائل الذهب بالقوس ويقتسمونها.

ومن الدليل في هذا الباب ما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: جاء عروة البارقي إلى." (١)

"وأصله ما بينا أن امرأة الفار ترث استحسانا، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا، كما إذا كان صاحب الفراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار، فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة، لأن الحصن لدفع بأس العدو،

ـــــــ [امرأة الفار طلقها في مرض الموت]

م: (وأصله) ش: أي أصل ثبوت حكم الفرار م: (ما بينا) ش: أي في أول الباب م: (أن امرأة الفار ترث استحسانا) ش: لا قياسا كما هو أحد أقوال الشافعي، لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالطلقات، والحكم لا يثبت بدون السبب. وجه **الاستحسان** ما مر وهو اتفاق الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – على ذلك كما ذكرناه مفصلا.

م: (وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله) ش: أي بمال الزوج م: (وإنما يتعلق) ش: أي الفرار م:

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٤٢/٥

(بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه) ش: كالذهاب إلى المسجد وإلى قضاء حاجته. وعن شمس الأئمة السرخسي: أن المعتبر في حق الفقيه أن لا يقدر على الخروج إلى المسجد، وفي السوق أن لا يقدر على الخروج إلى الدكان. ٥٠ وفي المرأة: أن لا يخرج إلى السطح، ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ البخاري. وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح.

وقال بعض المشايخ من المتأخرين: إذا كان بحال يمكنه أن يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره، فهو بمنزلة الصحيح، وهذا ضعيف، فإن المريض جدا لا يعجز عن هذا، وقيل:

الذي يتعذر عليه أداء الصلاة جالسا. وقيل: الذي لا يقدر أن يقوم إلا أن يقيمه إنسان. وقيل: أن لا يقدر على الشيء إلا أن يهادى بين اثنين. وفي المرأة أن تعجز عن القيام بمصالح بيتها. والمرأة في حال الطلاق في حكم المرض.

م: (كما يعتاده الأصحاء) ش: أي من القيام بحوائجه، والأصحاء جمع صحيح م: (وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب) ش: فيكون ذلك سببا في حكم مرض الموت، فالآن يوضحه المصنف - رحمه الله تعالى -:

م: (وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار) ش: وإن كان يخاف منه الهلاك، فلا يعطي له حكم المرض م: (فالمحصور) ش: إلى قوله: ولهذا أخوات إيضاح لما قبله، وبيان له، فلذلك ذكره بالفاء والمحصور هو المحبوس يقال حصره إذا حبسه م: (والذي في صف القتال) ش: أي في الصف للقتال م: (الغالب منه السلامة) ش: أي في كل واحد من المحصور والذي في صف القتال السلامة غالبا، وإن كان يمتنع الهلاك نادرا م: (لأن الحصن لدفع بأس العدو) ش: وهذا تعليل." (١)

"يصبه الماء فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقل من عضو انقطعت. قال: - رضي الله عنه -: وهذا استحسان

والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة، لأنها غسلت الأكثر، والقياس فيما دون العضو أن تبقى، لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ. ووجه **الاستحسان** وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٤٧/٥

لقلته، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما، بخلاف العضو الكامل،

ــــــــيصبه الماء، فإن كان عضوا) ش: أي فإن كان الذي لم يصبه الماء عضوا م: (فما فوقه) ش: أي فما فوق العضو م: (لم تنقطع الرجعة) ش: استحسانا م: (وإن كان أقل من عضو) ش: قال في المحيط: نحو الأصبع، وكذا بعض الساعد وبعض العضو دون العضو الكامل نحو اليد والرجل م: (انقطعت) ش: أي الرجعة.

م: (قال - رضي الله عنه -: وهذا استحسان) ش: أي قال المصنف: هذا المذكور استحسان.

اعلم أن محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه أو ما هو دونه. وروي عن أبي يوسف في العضو فما فوقه بأن القياس أن تنقطع الرجعة، وفي **الاستحسان** أن لا تنقطع، وعند محمد فيما دونه، فإن القياس يبقى الرجعة. وفي **الاستحسان** أن تنقطع، فعلم أن على كل منهما قياسا واستحسانا، فانظر الآن في عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك، وهذا يدل على قوة حذقة، وغاية إدراكه - رحمه الله تعالى -.

م: (والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة، لأنها غسلت الأكثر) ش: أي أكثر البدن وللأكثر حكم الكل، فكأنها غسلت جميع البدن م: (والقياس فيما دون العضو أن تبقى) ش: أي الرجعة م: (لأن حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزأ) ش: بأن يكون البعض بحكم الجواز والبعض بعدمه.

م: (ووجه **الاستحسان** وهو الفرق) ش: بين العضو الكامل وما دونه م: (أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه) ش: وفي المحيط: حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه م: (فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج) ش: بزوج آخر م: (أخذا بالاحتياط فيهما) ش: أي في انقطاع الرجعة والتزوج م: (بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة، فافترقا) ش: أي العضو الكامل وما دونه.

م: (وعن أبي يوسف: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) ش: والواو في قوله: والاستنشاق بمعنى أو، كما في قوله تعالى: ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] (النساء: الآية ٣) ، بيان ذلك: إذا

اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة أو الاستنشاق، فعن أبي يوسف روايتان في رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة، أشار بقوله: كترك عضو كامل، حيث." (١)

"وإذا طلقها ثلاثا: فقالت: قد انقضت عدتي، وتزوجت، ودخل بي الزوج الثاني، وطلقني، وانقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج الأول أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به، وقول الواحد فيهما مقبول، وهو غير مستنكر إذا كانت المدة

ــــــــQوالجواب: أن إثبات الثابت إنما لا يعتبر إذا لم يفد، أما إذا أفاد فيعتبر، ألا ترى أن بيع الإنسان ماله بماله لا يفيد، وكذا شراؤه بماله، أما إذا أفاد فيعتبر كما إذا اشترى ماله من المضارب قبل أن يظهر فيه ربح، وإن كان ماله لما أنه يفيد ملك التصرف.

م: (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني، وطلقني، وانقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك) ش: هذا من مسائل القدوري - رحمه الله تعالى -، والمراد من قوله: ودخل بي الزوج الثاني والمدة التي تحتمل ذلك تأتي عن قريب م: (جاز للزوج الأول) ش: جواب إذا م: (أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) .

ش: قال الأترازي: كلامه يوهم بأن إخبارها مقبول وإن لم تكن عدلا، لأنه أطلق في التعليل، وليس الأمر كذلك، فإن الرواية منصوصة في آخر كتاب " الإحسان "، بأن الزوج الأول لا بأس عليه أن يتزوجها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة، انتهى.

قلت: استدلاله برواية كتاب " **الاستحسان** " يرد عليه قوله: وليس الأمر كذلك، لأنه ذكر فيه كونها ثقة أو وقوع صدقها في قلبه، وقد صرح بذلك القدوري بقوله: إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة، وتعليله مقيد بهذا الوجه، وليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره.

م: (لأنه) ش: أي لأن النكاح م: (معاملة) ش: لكون البضع متقوما عند الدخول، وإذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات والمضاربات والإذن في التجارة م: (أو أمر ديني لتعلق الحل به) ش: أي بالنكاح، ويقبل قولها فيه أيضا كما أخبرت بنجاسة الماء وطهارته وروت حديثا م: (وقول الواحد فيهما مقبول) ش: أي في المعاملة والأمر الديني، أما في الديانات فلأن الصحابة كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد، وأما في المعاملات فعلى نوعين:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٤٦٥

الأول: هي التي ليس فيها معنى الإلزام كالوكالات ونحوها كما ذكرنا، فيعتبر فيها خبر مميز عدلا كان أو فاسقا، صبيا كان أو بالغا، مسلما كان أو كافرا، حرا كان أو عبدا، ذكرا كان أم أنثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعا للضرورة.

النوع الثاني: الذي فيه إلزام من حقوق العباد، فيشترط فيه العدد والعدالة وتعيين لفظ الشهادة، لأنها تبنى على المنازعة فاحتيج إلى زيادة التوكيد دفعا للتزوير والحيل.

م: (وهو غير مستنكر) ش: أي إخبار المرأة المذكورة غير أمر مستنكر فيه م: (إذا كانت المدة." (١)

"وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر. وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين. وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله، وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا. وفي القياس يلزمه الألف، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، وفي **الاستحسان** لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها.

ــــــــQالصغيرة تخلص عن عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة، وفي رواية لا يصح، لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين، وذلك لا يحتمل النيابة كذا في مبسوط شيخ الإسلام في " الكافي "، وهذا لا يصح.

م: (وكذا إن خالعها على مهرها) ش: وكذا الحكم إن خالع الصغيرة زوجها على مهرها م: (ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر، فإن قبل الأب عنها، فعلى الروايتين) ش: قال تاج الشريعة: يعني في قبول الأب المهر روايتان، في رواية يصح، لأن هذا القبول شرط اليمين، وذلك لا يحتمل النيابة.

م: (وإن ضمن الأب المهر) ش: أي في صورة خلع الأب مع الزوج م: (وهو) ش: أي المهر م: (ألف درهم طلقت لوجود قبوله، وهو الشرط، ويلزمه) ش: أي يلزم الأب م: (خمسمائة استحسانا) ش: لأن المسألة مصورة في غير الموطوءة بدليل إيراد أهل هذه المسألة في الكبيرة التي يدخل بها، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة، وأضيف الخلع إلى مهر، والمهر ما يجب بالنكاح، والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة، فكأنه خالعها على خمسمائة م: (وفي القياس يلزمه بالألف) ش: بحكم الضمان.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٤٨٥

م: (وأصله) ش: أي وأصل ما ذكر هذه المسألة م: (في الكبيرة) ش: أي في المرأة الكبيرة م: (إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة) ش: أي على المهر زائدة، لأن الصفة تتبع المضاف إليه، كما في قوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾ [يوسف: ٤٣] (يوسف: الآية ٤٣) ، لأن الصداق إذا لم يكن مقبوضا استحق الزوج عليها ألفا باعتبار القبول في الخلع، ولها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصا بخمسمائة، فبقي للزوج عليها خمسمائة زائدة.

م: (وفي **الاستحسان** لا شيء عليها؛ لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها) ش: أي يراد بالخلع عادة حاصل ما يلزم المرأة على الزوج، وقال تاج الشريعة: وجه **الاستحسان** أنهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها، وهو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعا على خمسمائة، وقد سقط عن الزوج فلا يبقى عليها شيء، فافهم.." (١)

"ولا تجزئ العمياء، ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف؛ لأن الفائت جنس المنفعة وهي البصر أو البطش أو المشي، وهو المانع، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع، حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي، إذ هو عليه متعذر، ويجوز الأصم، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية " النوادر "، لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز، لأن أصل المنفعة باق، فإنه إذا صيح عليه سمع، حتى لو

ـــــــللنص، قال الله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم﴾ [الممتحنة: ٨] إلى قوله ﴿أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾ [الممتحنة: ٨] (الممتحنة: الآية ٨) فإنه تعالى ما نهانا عن الإحسان إليهم، ولهذا يصح النذر بإعتاق العبد الكافر، وقد جوزت المالكية إعتاق المجوسي والصابئين، ولم يجوز أهل الكتاب.

وقولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين وهو باطل، لأن الإطلاق ضد التقييد فلا يكون العمل بالمقيد عملا بالمطلق، إذ في الإطلاق توسعه بعتق أي رقبة شاء وفي التقييد تضييق.

فإن قلت: المقيد بمنزلة البيان للمطلق قلت: هذا فاسد لأن المطلق لا يحتاج إلى البيان، إذ العمل بإطلاقه ممكن.

م: (ولا تجزئ العمياء، ولا مقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف) ش: المراد من العمياء الرقبة العمياء، وهي تشمل الذكر والأنثى جميعا، لا الأمة العمياء، لأن عدم الجواز لا باعتبار الأنوثة، بل باعتبار فوات

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٢٩

جنس المنفعة م: (لأن الفائت جنس المنفعة) ش: وهو ما ثبت في هذه الصور م: (وهو البصر) ش: من العمياء م: (أو البطش أو المشي) ش: في مقطوعة الرجلين م: (أو البطش) ش: في مقطوعة اليدين م: (وهو المانع) ش: أي فائت جنس المنفعة هو المانع.

م: (أما إذا اختلت المنفعة) ش: أي جنس المنفعة م: (فهو غير مانع حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت) ش: أي المنفعة وجنسها باق، ولا خلاف للأئمة الأربعة وأصحابهم أنه لا يجزئ عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة. وعن إبراهيم النخعي والشعبي أن عتق الأعمى جائز. وعن ابن جريج يجزئ الأشل. وعند داود وأصحابه لا يمنع شيء من العيوب.

م: (بخلاف ما إذا كانتا) ش: أي اليدان والرجلان م: (مقطوعتين من جانب واحد، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي) ش: وكذا منفعة البطش م: (إذ هو) ش: أي المشي م: (عليه متعذر) ش:، وكذا البطش. وكذا لا يجوز إذا كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة م: (ويجوز الأصم) ش: في **الاستحسان** م: (والقياس أن لا يجوز، وهو رواية النوادر؛ لأن الفائت جنس المنفعة. إلا أنا استحسنا الجواز) ش: أي جواز الأصم م: (لأن أصل المنفعة باق، فإنه إذا صيح عليه سمع، حتى لو." [١]

"وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا، لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعضو. ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان، ومثله يمنع الكفارة. وإن أعتق نصف عبده عن كفارة، ثم أعتق باقية عنها جاز، لأنه أعتقه بكلامين، والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم، لأن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك، وهذا على أصل أبي حنيفة – رحمه الله –،

ـــــــوهو ملكه) ش: أي والحال أنه ملكه في ذلك الوقت م: (بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا، لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقا بعوض) ش: فلا يجوز بالإعتاق.

م: (ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) ش: لاستحقاق الحرية ولتعذر استدامة الملك فيه م: (ثم يتحول إليه بالضمان) ش: ما بقي منه م: (ومثله يمنع الكفارة) ش: لتمكن النقصان منه، فإذا أعتق يكون معتقا رقبة ناقصة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٤٥

فإن قيل المضمونات بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق، فكان النقصان في ملك شريكه، ومثله لا يمنع الكفارة.

أجيب: بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون، لا في حق غيرها، والكفارة غيرها، فيتمكن النقصان في حقها فلا يجوز.

م: (وأن أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق باقيه) ش: أي باقي عبده م: (عنها جاز) ش: استحسانا والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر. وجه **الاستحسان** ما أشار إليه بقوله م: (لأنه أعتقه بكلامين) ش: ولا محظور فيه م: (والنقصان) ش: هذا جواب عما يقال قد يمكن النقصان كما مر. فأجاب بقوله والنقصان أي الواقع في النصف الآخر: (متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، ومثله غير مانع) ش: أي ومثل النقص الذي حصل بسبب الإعتاق غير مانع من الجواز، وبه قال الشافعي وأحمد. والمشهور عن مالك عدم الجواز، وبه قال أبو ثور. وعن القاسم من أصحاب مالك يجوز.

م: (كمن أضجع شاة) ش: ذكر هذا نظير **الاستحسان** في الجواب، وهو أنه أضجع شاة م: (للأضحية) ش: ليذبحها م: (فأصاب السكين عينها) ش: لا يمنع جواز التضحية، لأن النقصان حصل من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة م: (بخلاف ما تقدم لأن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك) ش: أي النقصان فيه وقع في ملك الشريك م: (وهذا) ش: أي جعله إعتاقا بكلامين م: (على أصل أبي حنيفة) ش: في تجزئ الإعتاق.." (١)

"وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة، لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها، كما إذا نوى أصل الكفارة، بخلاف ما إذا فرق في الدفع، لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لأن الجنس متحد، فلا حاجة إلى نية معينة وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما. وقال زفر - رحمه الله - لا يجزئه عن أحدهما

ـــــــQمن كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز، ولا يجب فيه نية التعيين وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسهما.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٤٩

فإن قيل: لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعين ولم يجعل لغوا في جنس واحد، ولهذا حل وطء التي (هي) عينها. قلنا أفاد الحل التي رفع حرمتها بعينها.

فإن قيل: تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح، وهو رفع الحرمة عنهما، فوجب أن يصح. قلنا: إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن إحدى الظهارين قدرا ومحلا فصحت بنيته. فأما إطعام ستين مسكينا صاعا إن كان يصلح عن الظهارين قدرا لا يصلح محلا لهما لأن محل الظهارين مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا، كما لو أعطي ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا.

م: (وإذا لغت النية، والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير) ش: يعني أدنى المقادير م: (فيمنع النقصان دون الزيادة) ش: لأن الشيء إذا وجب مطلقا، ثم ورد الشرع بالتقدير، وذلك التقدير لا يمنع الزيادة، فإذا كان كذلك م: (فيقع عنها) ش: أي عن الكفارة الواحدة م: (كما إذا نوى أصل الكفارة) ش: فإنه يقع عن إحداهما بالاتفاق م: (بخلاف ما إذا فرق في الدفع، لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) ش: هذا جواب عن قول محمد: أو فرق في الدفع، حاصلة أن قياسه على هذا غير صحيح، ووجه يظهر عن المتن.

م: (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينهما جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز، لأن الجنس متحد، فلا حاجة إلى نية معينة) ش: بكسر الياء المشددة م: (وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) ش: هذا جواب **الاستحسان**، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، لخروج الأمر من يده.

م: (وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما. وقال زفر: لا يجزئه عن أحدهما." [١]

"ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى، وقد بقي أثره، وهو العدة، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح، كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر – رحمه الله –: لا عدة عليها أصلا؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج، فلا تعود، والثانية لم تجب، وجوابه ما قلنا.

ــــــــالولد ثلاث حيض، لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الأوليين استحسانا. وفي القياس ليس لها ذلك، لأن الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة، فلا يلزمها بعد ذلك. **وجه الاستحسان** أن العدة وجبت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٥٥٩

عليها بالفرقة لكنها لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك، فظهرت بتلك العدة وحق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد، فأما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها، لأنها لم تجب بسبب النكاح بل بالعتق، ولا حداد على أم الولد.

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (أنها مقبوضة في يده) ش: أي أن أم الولد مقبوضة في يد مولاها م: (حقيقة بالوطأة الأولى) ش: إذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض م: (وقد بقي أثره) ش: أي والحال أنه بقي أثر الوطء، والأول م: (وهو العدة، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة) ش: بالدخول في النكاح الأول م: (ناب ذلك القبض) ش: أي في الدخول الأول م: (عن القبض المستحق في هذا النكاح) ش: فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني، فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة.

فإن قيل: لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالنكاح بعد الدخول لكان صريحا معقبا للرجعة، كالطلاق الصريح بعد الدخول، وليس كذلك. فإن الواقع بائن.

أجيب: بأنه ليس بطلاق بعد الدخول، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول، والمساواة للشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الوجوه، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا فيما سواهما، حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا. م: (كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد) ش: شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب الذي في يده من المالك يصير قابضا بقبض الذي يتم به العقد م: (فوضح بهذا) ش: أي فظهر بما قررناه من الدليل م: (أنه) ش: أي هذا الطلاق م: (طلاق بعد الدخول) ش: تشبيها لا تحقيقا، بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق.

م: (وقال زفر: لا عدة عليها أصلا، لأن الأولى) ش: أي العدة الأولى م: (قد سقطت بالتزوج فلا تعود) ش: لأن الساقط لا يعود م: (الثانية) ش: أي العدة الثانية م: (لم تجب) ش: لأنه طلاق قبل الدخول م: (وجوابه ما قلنا) ش: أي جواب زفر ما قلنا من الدليل، وهو أنها مقبوضة في يده ببقاء أثر القبض، وهو العدة.." (١)

"لأن الفراش قائم بقيام العدة، وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح، ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء، فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو صدر

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٦/٥

الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها، فإن كان معتدة عن وفاة وصدقها الورثة، في الولادة، ولم يشهد على الولادة أحد، فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم.

ـــــــيطلع عليه الرجال، وأجمع أصحابنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة القابلة، عند قيام النكاح، واختلفوا بعد الموت والطلاق، فعند أبي حنيفة لا يثبت وعندهما يثبت.

م: (لأن الفراش قائم بقيام العدة، وهو) ش: أي قيام الفراش م: (ملزم للنسب) ش: وبغير الفراش كونها متعينة إلى الزوج حتى إن كل ولد يحدث منها يثبت نسبه م: (والحاجة إلى تعيين الولد) ش: أي حاجة هنا في إثبات النسب إلى تعيين الولد م: (أنه منها فيتعين بشهادتها) ش: أي بشهادة القابلة م: (كما في حال قيام النكاح) ش: وإقرار الزوج بالحبل وظهور الحبل م: (ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي ليس بحجة) ش: يعني الذي انقضى ليس بحجة، والحجة هي القائم م: (فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء) ش: بانقضاء م: (فيشترط كمال الحجة) ش: لأن المرأة لما ولدت صارت أجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الأجنبية من الأجنبي، لا يثبت إلا بحجة تامة، فلا يقضى بشهادة القابلة وحدها م: (بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة، والتعين يثبت بشهادتها) ش: أي بشهادة القابلة، لأنه - عليه السلام - أجاز شهادة القابلة على الولادة. م: (فإن كانت معتدة عن وفاة وصدقها الورثة في الولادة، ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا) ش: ويرثه بمعنى تصديق الورثة أن يقروا به جميعا أو أقر جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بأن كان رجلان منهم أو رجل وامرأتان منهم وجب الحكم بإثبات النسب حتى يشارك المصدقون والمنكرون. ذكره البزدوي والتمرتاشي، وقال الأسبيجابي: هذا جواب **الاستحسان**، وفي القياس لا يثبت لأنهم يقرون على الميت بالنسب فلا يقبل.

وقال شمس الأئمة في تعليل المسألة: الوارثون قائمون مقام الزوج وإن قال الزوج: إنها ولدته يثبت النسب، فكذا تصديق الورثة بعد موته. وهذا لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش، وذلك باق ببقاء العدة بعد موته والحاجة إلى الشهادة ليظهر له ولادتها، فيصان الولد، وقد حصل ذلك بتصديق الورثة بل باعتبار الضرر م: (وهذا) ش: أي تصديق الورثة م: (في حق الإرث ظاهر، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم) ش: واختلف مشائخنا في أن لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة أم لا؟ قال بعضهم يشترط بعد أن يكون في

مجلس الحكم كذلك قال فخر الإسلام وذلك، لأن النسب لا يثبت في حق الناس كافة إلا بلفظ الشهادة. وقال بعضهم: لا يشترط وإليه." (١)

"ومن قال لغلام: هو ابني ثم مات، فجاءت أم الغلام وقالت: أنا امرأته، فهي امرأته، وهو ابنه ويرثانه. وفي "النوادر" جعل هذا جواب **الاستحسان**. والقياس أن لا يكون لها الميراث، لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة، وبملك اليمين، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح. وجه **الاستحسان**: أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام، والنكاح الصحيح وهو المتعين لذلك وضعا وعادة. ولو لم يعلم بأنها حرة، فقالت الورثة أنت أم ولد، فلا ميراث لها، لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث، والله أعلم.

ـــــــ ه [قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته]

م: (ومن قال لغلام: هو ابني ثم مات، فجاءت أم الغلام وقالت: أنا امرأته، فهي امرأته وهو ابنه ويرثانه) ش: أي الأم والابن يرثان الميت. م: (وفي " النوادر " جعل) ش: أي محمد. م: (هذا جواب **الاستحسان**، والقياس أن لا يكون لها الميراث، لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة، وبملك اليمين، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح) ش: واعترض أنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في **الاستحسان**، لأن هذا النكاح يثبت اقتضاء، فيثبت بقدر الضرورة، وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث. وأجيب: بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح (ما) هو سبب لاستحقاق الإرث والنكاح ليس بسبب له، فلا يثبت النكاح بطريق الاقتضاء، وثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض.

م: (وجه **الاستحسان**: أن المسألة فيما إذا كانت) ش: أي أم الغلام. م: (معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام) ش: قيد بكونها معروفة بالحرية، لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث، لأن للورثة أن يقولوا: إن كنت أم الولد لمورثنا إنما عتقت بموته. غاية ما في الباب أنها حرة في الحال، والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للإثبات، فيندفع عنها الرق ولا يثبت الإرث، وقيد أيضا بكونها أم الغلام، لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام فلا ترث.

م: (والنكاح الصحيح وهو المتعين لذلك) ش: أي لثبوت النسب. م: (وضعا وعادة) ش: أي من حيث الوضع، ومن جهة الشرع، ومن حيث العادة بالشهرة بين الناس. م: (ولو لم يعلم بأنها حرة، فقالت الورثة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٦٣٧

أنت أم ولد فلا ميراث لها) ش: قد قررنا هذا، لأن قولنا فيه بكونها معروفة بالحرية. م: (لأن ظهور الحرية باعتبار الدار) ش: أي دار الإسلام. م: (حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث) ش: لأن الإرث لا يثبت إلا بنسب صحيح، وقال التمرتاشي: لا ميراث لها، ولكن لها مهر المثل، لأنهم أقروا بالدخول بها، ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم، وقال الأترازي: وفيه نظر، لأن الدخول إنما يوجب بمهر المثل في غير صورة النكاح، إذا كان الوطء عن شبهة، ولم يثبت النكاح هنا. والأصل عدم الشبهة فبأي دليل يحمل على ذلك؟ فلا يجب مهر المثل.." (١)

"وكذا إذا حجت مع محرم؛ لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف – رحمه الله –: أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر؛ لأنها هي المستحقة عليه. ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق؛ لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها، وتجب نفقة الحضر دون السفر، ولا يجب الكراء لما قلنا. وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة. والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع. وجه **الاستحسان**: أن الاحتباس قائم، فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض. وعن أبي يوسف – رحمه الله – أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، ولو مرضت ثم سلمت، لا تجب لأن التسليم لم يصح بسبب المرض. قالوا: هذا حسن، وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه.

ـــــــم: (وكذا إذا حجت مع محرم) ش: أي لا نفقة لها. م: (لأن فوت الاحتباس منها) ش: إلا إذا كان الزوج معها على ما يجيء الآن. م: (وعن أبي يوسف: أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر) ش: فحينئذ تجب النفقة. وقال محمد: لا نفقة لها، لعدم الاحتباس بحقه والتمكين من الاستمتاع بالجماع ودواعيه. م: (ولكن تجب عليه نفقة الحضر) ش: يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه على السفر. م: (دون السفر) ش: أي دون نفقة السفر؛ لأنها تزيد على نفقة الحضر. كذا في شرح كتاب النفقات. م: (لأنها هي المستحقة عليه) ش: أي لأن نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج، لأن المأمور هو النفقة بالمعروف وهو عبادة عما لا إسراف فيه ولا، تعتبر. وفي النفقة السفر إسراف لغلاء السفر، فلا يكون معروفا، فلا يجب ذلك.

م: (ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق) ش: وبه قال الشافعي. م: (لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها) ش: أي لقيام الزوج على المرأة. م: (وتجب نفقة الحضر دون السفر) ش: لما مر. م: (ولا يجب

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٦٤٣

الكراء لما قلنا) ش: أي في قوله لأنها هي المستحقة. م: (وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) ش: هذا الموعود من المصنف بقوله قبل هذا، بخلاف المريضة على ما نبين، اعلم أن المريضة مطلقا لها النفقة في ظاهر الرواية، سواء كان مرضا يمنع من الجماع كما في الحيض. م: (والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع. وجه **الاستحسان**: أن الاحتباس قائم، فإنه) ش: أي فإن الزوج. م: (يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع) ش: أي من الجماع. م: (بعارض) ش: أي بسبب عارض وهو المرض. م: (فأشبه الحيض) ش: في كونه مانعا وتجب النفقة.

م: (وعن أبي يوسف: أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب؛ لأن التسليم لم يصح بسبب المرض. قالوا) ش: أي قال مشايخنا. م: (هذا حسن) ش: أي هذا التفصيل حسن. م: (وفي لفظ الكتاب) ش: أي كتاب القدوري. م: (ما يشير إليه) ش: أي إلى ما روي عن أبي يوسف في ظاهر الرواية، لأنه قال: وإن مرضت في منزل الزوج، لأنه يفهم منه." (١)

"وهذا هو المؤثر في الأصل، والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح، ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الإسلام لعموم العلة، والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه، لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والاقتراض عند القدرة

ـــــــتعتق بالملك.. م: (وهذا هو المؤثر في الأصل) . ش: أي ملك القريب هو المؤثر في إيجاب العتق في الأصل، يعني في قرابة الولاد. م: (والولاد ملغي لأنها) . ش: تعليل بوصف غير مقعر فكان اشتغالا بما لا يفيد، لأنه تعليل بعلة قاصرة، لأنها أي لأن القرابة المؤبدة في المحرمية. م: (هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة) . ش: لا يقال هذا مذهبكم لأنه لا نفقة في غير الولد على مذهب الشافعي، فكيف استدل بوجوب النفقة، لأنا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله عز وجل: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] فصار كأنه ثبت إجماعا، فلا يلتفت إلى إنكار الخصم. م: (وحرم النكاح) . ش: وحرمة النكاح بالإجماع.

وقال الأكمل: ولنا بحث هاهنا، لكنه وهو قولهم هذه قرابة صبت على أدنى الذلين، وهو ذل النكاح فلأن يصان عن كلاهما أولى، فإن ادعي أن ذل النكاح أعلى فلك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعا وإجماعا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق بما يحسم مادة هذه المكابرة، فإن رافع

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٦٦٨

الأعلى دفع الأدنى لا محالة.. م: (ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الإسلام لعموم العلة) . ش: وهي صلة الرحم، وكذا الفرق إذا كان المملوك مسلما أو كافرا، وقيد بقوله في دار الإسلام لأن الحربي إذا ملك قريبه لا يعتق عليه، وبه صرح في فتاوى الولوالجي نص الحاكم في " الكافي " أن عتق الحربي في دار الحرب باطل، وكذا تدبيره لم يذكر الخلاف، فإن في المختلف الحربي إذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب وخلاه، عتق عند أبي يوسف وولاؤه له. وقالا: لا ولاء له، لأنه عتق بالتخلية لا بالإعتاق كالراغم، ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية، لأنه في دار الحرب ولا يجري عليه أحكام الإسلام. وفي **الاستحسان** يعتق تخلية، لأنه لم ينقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما، وهو القياس. وقال أبو يوسف: له الولاء، وهو **الاستحسان**. وذكر قول محمد مع أبي يوسف في "كتاب السير ".. م: (والمكاتب إذا اشترى أخاه) . ش: هذا هو جواب عن قوله، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد، وتقديره لا نسلم أنه لا يكاتب عليه، بل قد روي عن أبي حنيفة أنه مكاتب على الأخ أيضا، فالجواب بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله، لأنه ليس له ملك قام بقدره على ما يجيء الآن. م: (أو من يجري مجراه) ش: أي أو اشتري من يجري مجرى الأخ كالعم والخال م: (لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره) . ش: من الإقرار. م: (على الإعتاق) . ش: لأنه عبد ما بقي عليه درهم. م: (والاقتراض عند القدرة) . ش: وهي عبارة عن صفة يتمكن بها الحر من فعل وقول بخلاف الولاد، هذا جواب عما." (١)

"لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ، وأما التخريج على قوله، فخيار الإعتاق لقيام ملكه ـــــــQومالك وأحمد. ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة. وفي " العيون " و " المختار " ظاهر الرواية. م: (لأن به) . ش: أي بيسار التيسير. م: (يعتدل النظر من الجانبين) . ش: أي من جانب العتق وجانب الشريك الساكت، لأن مقصود المعتق تحقيق القربة، ومقصود الشريك حصول بدل حقه إليه، فبيسار التيسير يحصل الأمران، فلا حاجة إلى يسار الغني، وهو معنى قوله. م: (بتحقق ما قصده المعتق من القربة) . ش: أي التقرب إلى الله تعالى بالعتق. م: (وإيصال) . ش: أي وبإيصال. م: (بدل حق السا كت إليه) . ش: أي عوض نصيبه من العبد.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٦/٦

وفي " التحفة ": إنما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الإعتاق، لأنه سبب الضمان، وكذا يعتبر حال المعتق في يساره وإعساره يوم الإعتاق حتى لا يسقط الضمان إذا أعسر بعد اليسار ولا يثبت الضمان إذا أيسر بعد الإعسار.

وفي " التمرتاشي " لو قال المعتق: أعتقت وأنا معسر، وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهور العتق كما في الإجازة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا لم يكن له تضمن الموسر في رواية عن أبي حنيفة، لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى العتق وقد فات النقل بالموت في ظاهر الرواية عنه له ذلك أو يأخذ من شريكه، لأن الضمان واجب. ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض في القياس أن يجوز.

وفي " **الاستحسان** ": لا يجوز، لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له. وفي " جامع قاضي خان " لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته، وهو قول أبي حنيفة، بل يسقط، وعندهما يؤخذ من تركته لأنه ضمان إتلاف.

م: (ثم التخريج على قولهما ظاهر) . ش: أي التخريج على قولهما ظاهر، أي تخريج المسألة على قول أبي يوسف ومحمد ظاهر، يعني إذا علم أن هذه المسألة مبنية على حرفين، أي أصلين فالكلام في التخريج، وهو على قولهما ظاهر، لأن الإعتاق إذا لم يكن منجزا كان العتق واقعا في النصيبين جميعا، وبيساره مانع من السعاية، فوجب عليه الضمان، وانتفى السعاية.. م: (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد) . ش: أي لشريكه. م: (لعدم السعاية) . ش: أي لأجل عدم السعاية. م: (عليه) . ش: أي على العبد.

م: (في حالة اليسار والولاء للمعتق، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ. وأما التخريج على قوله) . ش: أي على قول أبي حنيفة. م: (فخيار الإعتاق) . ش: أي لشريكه. م: (لقيام ملكه) . ش: أي." (١)

"واحد منهم وإن نكل عتقت الأم والجارية، لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا، فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقا، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية، لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر في حق الجارية، ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا، والتحليف على العلم فيما ذكرنا، لأنه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى. قال: وإذا شهد رجلان على رجل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٤٠

أنه أعتق أحد عبديه، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة – رحمه الله – إلا أن يكون في وصيته استحسانا ذكره في العتاق، وإن شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق

ـــــــQواحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقا) . ش: أي الغلام والجارية.

م: (ولو كانت الجارية كبيرة فلم تدع شيئا، والمسألة بحالها) . ش: أي ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى. م: (عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية، لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى، فلم يظهر في حق الجارية) . ش: أي حرية الجارية الكبيرة.

م: (ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا) . ش: أشار به إلى قوله – وصحة النكول تبتنى على الدعوى –. م: (والتحليف على العلم فيما ذكرنا، لأنه استحلاف على فعل الغير، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في "كفاية المنتهى ") . ش: أي وبهذا القدر من البيان لا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب "كفاية المنتهى "، وأراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها آنفا والأربعة من الوجوه مذكورة في الكتاب يقف عليه المتأمل الفطن.

[شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه]

م: (قال) . ش: أي محمد في " الجامع الصغير " م: (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة – رحمه الله –) . ش: بخلاف الشهادة على طلاق أحد نسائه، فإنها جائزة بالإجماع على البيان، وعلى إعتاق أحد عبديه كذلك عندهما، وعند أبي حنيفة وهي باطلة. م: (إلا أن تكون) . ش: أي الشهادة. م: (في وصيته استحسانا) . ش: أي استحسنه بأن قال رجل في مرض موته أحد عبدي حر ثم يموت الرجل ويترك ورثته فينكرون، فالشهادة جائزة. م: (ذكره في العتاق) . ش: أي ذكر **الاستحسان** في عتاق الأصل، وقال: لو قال الشاهد إن كان هذا عند الموت استحسن، أي يعتق من كل واحد منهما نصفه.

م: (وإن شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق) . ش: أي على أن." [1]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٦٧

"إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا، لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية، وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما، فصار كل واحد منهما خصما متعينا

ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل، لأنه ليس بوصية، وقد قيل تقبل للشيوع، وهو الصحيح، والله أعلم.

ـــــــإذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره) . ش: أي على أنه دبر أحد عبديه. م: (في صحته أو في مرضه) . ش: فإن هذه الشهادة لا تقبل في القياس، وتقبل في **الاستحسان**، وهو معنى قوله. م: (وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا، لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية) . ش: يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض.

م: (وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم) . ش: لأن تنفيذ الوصايا حق الميت، فكان الميت مدعيا تقديرا. م: (وعنه خلف) . ش: أي وعن الموصي خلف. م: (وهو الوصي أو الوارث) . ش: فتقبل الشهادة. م: (ولأن العتق في مرض الموت) . ش: هذا دليل ثان بوجه **الاستحسان**. م: (يشيع بالموت فيهما) . ش: أي في العبدين. م: (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) . ش: لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان، فكان إيجابا لهما، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما.

[شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر]

م: (ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته: أحدكما حر فقد قيل لا تقبل) . ش: أي هذه الشهادة. م: (لأنه ليس بوصية، وقد قيل تقبل للشيوع) . ش: أي لشيوع العتق فيهما، فكان كل منهما خصما متعينا، فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة، أو إنما قال بلفظ قيل لا نص فيه عن أصحابنا، ولكن المشايخ اختلفوا فيه. وقال فخر الإسلام البزدوي في " شرح الجامع الصغير " وإن شهدا بعد موته أنه قال في حياته وصحته: أحدكما حر فلا نصف فيه. واختلف مشايخنا في قول أبي حنيفة أن الطريق هو

الوصية لم تقبل هاهنا، وأن الطريق هو المشاع قبلت النية هاهنا، والصحيح أن تقبل لجواز أن تكون معلولا بعلتين، فتعدى بأحدهما والله أعلم.." (١)

"فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل، نظيره الهبة بشرط العوض، ولو أدى البعض يجبر على القبول، إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط، كما إذا حط البعض وأدى الباقي، ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس، لأنه تخيير، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى.

ـــــــQعلى القبول.

م: (فعلى هذا يدور الفقه) . ش: أي على اعتبار الشبهين يدور الفقه إلى المسائل الفقهية. وقال الكاكي: أي المعنى الفقهي. م: (وتخريج المسائل) . ش: عطف على قوله يدور، وهو صيغة المجهول منها. م: (نظيره الهبة بشرط العوض) . ش: جعلناها هبة ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض، ولا يجري تسليمه، ويفيد بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفقة ويردها بالعيب، ويترتب عليها أحكام البيع بعد القبض حتى لا يتمكن البائع من الرجوع.

م: (ولو أدى البعض يجبر على القبول) . ش: لأنه حر منه جهة، ففي عوض عند الأداء فصار للبعض حكم الإعراض نصا لبعض بدل الكتابة وبعض اليمين. وفي " شرح الطحاوي " ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن يجبر، لأنه لا يعتق بقبوله هذا، وهو قول أبي يوسف.

وفي " **الاستحسان** " يجبر على قبول كما في المكاتب. م: (إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط) . ش: وهو أداء الكل. م: (كما إذا حط البعض) . ش: يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له إن أديت إلي ألفا فأنت حر. م: (وأدى الباقي) . ش: أي باقي الألف لا يعتق لعدم الشرط، لأن الشرط أداء الألف ولم يوجد كما إذا أدى الدنانير مكان الدراهم، وقد فسر الحاكم في " الكافي " على هذا الحكم.

م: (ثم لو أدى ألفا اكتسبها) . ش: العبد. م: (قبل التعليق رجع المولى عليه) . ش: بألف أخرى مثلها. م: (وعتق لاستحقاقها) . ش: أي لاستحقاق المولى الألف كأنه كان يستحقها، لأن العبد وما في يده لمولاه.

م: (ولو كان اكتسبها بعده) . ش: أي ولو كان العبد اكتسب تلك الألف بعد التعليق. م: (لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه) . ش: أي لأن العبد مأذون من جهة المولى بالاكتساب والأداء منه، لكنه

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦٩/٦

يأخذ الباقي، لأن مال المأذون في التجارة للمولى، بخلاف المكاتب، كذا في " الشامل " وغيره.

م: (ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس، لأنه تخيير) . ش: يعني للعبد بين الأداء والامتناع، وهذا هو ظاهر الرواية، وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يقتصر (وفي قوله إذا أديت) . ش: يعني إذا أديت إلي ألفا فأنت حر. م: (لا يقتصر، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى) . ش: والوقت يعم فلا يقتصر على المجلس، كما في قوله متى أديت إلي أ[ل]فا فأنت حر لا يقتصر." (١)

"ولو قال: كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك، والقياس أن يحنث كما فرغ، لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه، وهذا قول زفر - رحمه الله -. وجه **الاستحسان** أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم، وإذا سقط اعتباره ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم، وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب، وهذا كله جواب ظاهر الرواية. ومشايخنا - رحمهم الله - قالوا: يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال، وعليه الفتوى

ــــــو [تحريم الحلال]

م: (ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب، إلا أن ينوي غير ذلك) ش: هذا ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في " الكافي ": وإذا قاله لرجل هو علي حرام سئل عن نيته، فإن نوى يمينا فهو يمين وكفره ا، ولأنه حل امرأته في ذلك أن ينويها، فإن نواها دخلت فيه. فإذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الإيلاء، فإن نوى فيه الطلاق، فالقول فيه كالقول في الحرام، أي يصح ما نوى، وإن نوى الكذب فهو كذب م: (والقياس أنه يحنث كما فرغ) ش: من اليمين م: (لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) ش: بفتح العينين وفتح الشفتين أو ضمهما م: (وهذا قول زفر - رحمه الله -) ش: فإن عنده كما يفرغ من اليمين يحنث. م: (وجه **الاستحسان** أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم) ش: لأن صيغة العموم إذا لم تكن أجراها على عمومها يراد بها أخص الخصوص للتعيين، وهنا لا يمكن ذلك، لأن الإنسان لا يمكنه مع نفسه عن النفس وفتح العين وذلك له حلال، فحمل على الحلال الأعم وهو ما يعيش به من المطعوم والمشروب.

وهو معنى قوله م: (وإذا سقط اعتباره) ش: أي اعتبار العموم م: (ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف) ش: بين الناس م: (فإنه يستعمل فيما يتناول عادة) ش: هذا القليل لقوله للعرف معنى إنما انصرف قوله كل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨١/٦

حل علي حرام إلى الطعام والشراب، لأنه في عرف الناس يستعمل في ذلك م: (ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم) ش: لأنه لا يمكن إجراء اللفظ على العموم لما قلنا. م: (وإذا نواها) ش: أي إذا نوى المرأة م: (كان إيلاء) ش: لأن اليمين في الزوجات إيلاء وإن جامعها في المدة كفر عن يمينه، وإن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء، بانت بالإيلاء م: (لا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب) ش: حتى إذا أكل أو شرب حنث م: (وهذا كله) ش: أي هذا المذكور كله م: (جواب ظاهر الرواية) ش: وهو رواية المبسوط م: (ومشايخنا - رحمهم الله -) ش: قالوا أراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف، وأبي بكر بن أبي سعيد، والفقيه أبي جعفر حيث م: (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال) ش: فيما بين الناس في ہ ذا الزمان أنهم يرون بهذا اللفظ الطلاق م: (وعليه الفتوى) ش: قال أبو الليث: وبه نأخذ.." (١)

"قال: ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء. **وجه الاستحسان** أن الدخول لا دوام له، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل. ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته. وقال زفر - رحمه الله - يحنث لوجود الشرط وإن قل. ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثنى منه زمان تحققه

ــــــهـ- رحمه الله - ومالك وأحمد رحمهما الله في رواية لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت.

هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار، وعليه الفتوى وبه قال الشافعي: - رحمه الله - في وجه واحد. حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث، سواء كان على الميت دين أم لا. ولو باعها فلان ثم دخلها إن عينها بأن قال: هذه. لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر والشافعي - رحمهم الله - ومالك وأحمد يحنث.

ولو دخل دارا مشتركة بينه وبين غيره، فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث. ولو دخل دارا يسكنها فلان بالإجارة أو بالإعارة يحنث وبه قال مالك وأحمد.

[حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/١٤١

م: (قال) ش: أي قال القدوري: م: (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا. والقياس أن يحنث) ش: وبه قال زفر والشافعي رحمهما الله في وجه م: (لأن الدوام له حكم الابتداء) ش: أي لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، فدام على ذلك يحنث.

م: (وجه **الاستحسان** أن الدخول لا دوام له، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل) ش: وليس دوام م: (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث. وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته. وقال زفر - رحمه الله -: يحنث) ش: أي قياسا م: (لوجود الشرط وإن قل) ش: أي شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير. م: (ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثنى منه زمان تحققه) ش: إن تحقق البر.

فإن قلت: لا نسلم أن اليمين تعقد للبر، ألا ترى أن الحلف على البناء ينعقد، والبر لا يتصور.." [(١)]

"وتفرد أبو حنيفة - رحمه الله - بإظهاره. ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا، ومبنى الأيمان عليه..

ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي، فقال: إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحنث، لأن كلامه خرج مخرج الجواب، فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه. بخلاف ما إذا قال: إن تغديت اليوم، لأنه زاد على حرف

ــــــــفخرج من فوره، أي من ساعته، وفي " الفوائد الظهيرية ": سميت بهذا الاسم باعتبار ثوران الغضب.

م: (وتفرد أبو حنيفة - رحمه الله - بإظهاره) ش: أي لم يبينه أحد فيه، وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت فاستنبط أبو حنيفة فيها قسما ثالثا وهي مطلقة لفظا ومؤقتة معنى وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - وابن جبير دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك لم يحنثا وأقر في ذلك العرف ومبنى الأيمان على العرف.

م: (ووجهه) ش: أي ووجه هذا الكلام م: (أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة) ش: في قوله إذا أراد رجل ضرب عبده م: (والخرجة) ش: في قوله إن خرجت فأنت طالق م: (عرفا) ش: يعني من حيث العرف م: (ومبنى الأيمان عليه) ش: أي على العرف وحاصل الكلام أن قصد الزوج في مسألة الخروج منعها من

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/١٥٢

الخروج الذي شبهت قوله فصار كأنه قال: إن خرجت هذه الخرجة فقصدت اليمين بتلك الخرجة، وكذلك قصده أن يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له، فكأنه قال: إن ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتعينت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفا.

م: (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي، فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله) ش: وفي بعض النسخ فخرج إلى منزله م: (وتغدى لم يحنث) ش: أي في **الاستحسان**، والقياس أن يحنث، وهو قول زفر والشافعي –رحمهما الله لأنه عقد يمينه على مطلق الغد يتن؛ول كل غد، كما لو قال ابتداء والله لا أتغدى.
ووجه **الاستحسان** وهو قوله م: (لأن كلامه خرج مخرج الجواب) ش: بكلامه م: (فينطبق على السؤال، فينصرف إلى الغداء المدعو إليه) ش: فصار كأنه قال إن تغديت الغداء الذي دعوتني إليه فانصرف يمينه إلى ذلك الغد دلالة الحال.
م: (بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم، لأنه زاد على حرف الجواب) ش: لأنه ينصرف كلامه إلى الغداء المدعو إليه فلا يتقيد يمينه بذلك، فلا يجعل في كلامه بانيا على سؤال الرجل م: (فيجعل مبتدئا) ش: في الكلام محترزا عن إلغاء الزيادة التي تكلم فيها.
فإن قيل: ليس كذلك بأن الله تعالى قال: ﴿وما تلك بيمينك ياموسى﴾ [طه: ١٧] ﴿قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على﴾ [طه: ١٨] .... (طه: الآية ١٨) ، فقد زاد على قدر الجواب، ومع ذلك جعل مجيبا لا سيدا. قلنا كلمة ما مستعمل للسؤال على الذات والسؤال عن الصفات، ولما استعمل." (١)
"الجواب فيجعل مبتدئا،
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة – رحمه الله –، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث، وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه، لأن الملك فيه للمولى، لكنه يضاف إلى العبد عرفا، وكذا شرعا. قال – عليه السلام –: «من باع عبدا وله مال فهو للبائع» .... " الحديث ـــــــQفي حيز السؤال أثبته على موسى – عليه السلام – أن السؤال وقع عن الذات والصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/١٦٣

[حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون]

م: (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة – رحمه الله –) ش: يعني إذا لم ينو، ولا بد من تقدير هذا لأجل الاستثناء الذي يأتي الدابة ما يدب على الأرض لغة، ولكن المراد من دابة فلان فرسه وحماره وبغله، حتى لو ركب بعيره أو بغلته لم يحنث والقياس أن يحنث لأن اسم الدابة يتناولهما حقيقة. وفي **الاستحسان** لا يحنث لعلمنا أنه يردا لضمهم في كل ما يدب على الأرض.

وقد عقد يمينه على فعل الركوب، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب وهو الخيل، والضهم في البغال والحمير مؤيدة قوله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾ [النحل: ٨] ش: (النحل: الآية ٨) ، فمر بالركوب فيها وفي الأنعام بالأكل بقوله ﴿والأنعام خلقها لكم﴾ [النحل: ٥] ....

. الآية. والفيل والبقر، وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله أن البقر والجاموس يركب أيضا في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل لا تركب دابة فلان البقرة إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع عليه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه، ولو نوى الخيل وحدها لا يصدق لا قضاء ولا ديانة، لأن في لفظه الركوب لا المركب وبنيته يصح في اللفظ لا فيما لفظه التخصيص.

م: (إلا أنه) ش: أشار من يقدر غير ملفوظ، وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث، يعني إذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد المأذون، سواء كان عليه دين أو لم يكن إذا لم ينو، إلا أنه م: (إذا كان عليه دين مستغرق) ش: بكسر الراء م: (لا يحنث وإن نوى) ش: واصل بما قبله، أي وإن نوى ركوب العبد م: (لأنه لا ملك للمولى فيه) ش: أي في العبد الذي استغرق دين كسبه م: (عنده) ش: أي عند أبي حنيفة.

م: (وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه) ش: فإذا نواه حنث م: (لأن الملك فيه للمولى، لكنه مضاف إلى العبد عرفا) ش: أي من حيث العرف، حيث يقال دابة عبد فلان م: (وكذا) ش: أي وكذا يضاف إلى العبد م: (شرعا) ش: أي من حيث الشرع، استدل عليه بقوله م: (قال – عليه السلام –) ش: أي قال النبي – صلى الله عليه وسلم – م: «من باع عبدا وله مال فهو للبائع»." (١)

"وجه **الاستحسان** في التسمية مجازية، لأن اللحم منشأه من الدم. ولا دم فيه لسكونه في الماء، وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث، لأنه لحم حقيقي، إلا أنه حرام، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/١٦٤

ـــــــQم: (وجه **الاستحسان** أن التسمية) ش: أي تسمية لحم السمك م: (مجازية) ش: أي بطريق المجاز م: (لأن اللحم منشأه من الدم) ش: ولحم السمك لا ينشأ من الدم، إذ الدموي لا يسكن الماء ولا يباح عن مطلقه بدلالة الألفاظ، ومبنى الأيمان على العرف لا على ألفاظ القرآن، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث بالإجماع، وإن سماه في القرآن، دابة، والعرف معنا، لأنه لا يسمى بائعه لحما ولا مستعمل استعمال اللحوم في المباحات، إلا أن ينوي فحينئذ يعتبر، لأنه لحم من وجه فيه تشديد عليه.

ولو حلف لا يجلس على الوتد فجلس على الجبل لا يحنث، وإن كان قال الله تعالى: ﴿والجبال أوتادا﴾ [النبأ: ٧] (النبأ: الآية ٧) ، لأن اللحم منشأه من الدم م: (ولا دم فيه لسكونه في الماء) ش: لأن بين الدم والماء منافاة في طبعهما.

فإن قلت: الدم موجود في السمك.

قلت: دم ضعيف، لأن الدم إذا شمس اسود، ودم السمك ليس كذلك.

[حلف ألا يأكل لحما فأكل لحما حراما]

م: (وإن أكل لحم خنزير أو إنسان) ش: أي أو لحم إنسان م: (يحنث) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمه الله - في قول م: (لأنه لحم حقيقي، إلا أنه حرام، واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام) ش: والحرام لا يمنع انعقاد اليمين، ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر يحنث.

واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض، فكيف يتعلق وجوبه.

وأجيب: بأن هذه مغالطة، لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك، هذا الذي ذكره الأكمل - رحمه الله -.

وقال الأترازي: فإن قلت: قد ثبت قبل هذا أن مبنى الأيمان على العرف ولا سبق أوهام الناس من لفظ اللحم أنه لحم الخنزير والإنسان، فينبغي أن لا يحنث.

قلت: إن الناظر لو ينظر إلى لحم الخنزير أو الإنسان سماه لحما على الإطلاق، بخلاف لحم السمك، فإنه لا يسمى لحما على الإطلاق، فظهر الفرق. وقال الكاكي: ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة، فكيف

يجب بالحرام المحض، لأنا نقول الحل والحرمة يراعى في السبب لا في الشرط، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث ليكون." (١)

"على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف، وهذا لأن التعميم متعذر، فيصرف إلى خاص هو متعارف، وهو اللحم المطبوخ بالماء، إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديد، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم، ولأنه يسمى طبيخا، ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه على ما يكبس في التنانير، ويباع في المصر ويقال يكنس، وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا: وعلى الغنم خاصة،

ــــــــQما يطبخ من اللحم) ش: هذا لفظ القدوري في " مختصره ".

وقال صاحب " الهداية ": م: (فهذا استحسان اعتبارا للعرف) ش: وفي " المبسوط ": القياس أن يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ والأخذ بالقياس ها هنا تفجش، فإن المسهل من الدواء مطبوخ، ونحن نعلم أنه لم يرد به ذلك، فحملنا على أخص الخصوص، وهو اللحم، ولا يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ أكل الطبيخ، وإن كان طبخا في الحقيقة، فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف.

م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن التعميم متعذر) ش: لأنه لا يمكن إجراءه على العموم م: (فيصرف إلى خاص متعارف، وهو اللحم المطبوخ بالماء) ش: احترز به عن تقلية اليابسة، لأنها لا تسمى مطبوخة م: (إلا إذا نوى غير ذلك) ش: فيصدق م: (لأنه فيه تشديد) ش: على نفسه، وقد نوى حقيقة كلامه.

[حلف لا يأكل الرءوس]

م: (وإن أكل من مرقه) ش: أي من مرق اللحم المطبوخ بالماء م: (يحنث لما فيه من أجزاء اللحم) ش: وهي ما يذوب منه م: (ولأنه) ش: أي ولأن مرق اللحم المطبوخ ولو طبخ م: (يسمى طبيخا) ش: عرفا. وقال الكاكي: ولو طبخ أرزا وعدسا بودك فهو طبيخ [....] .

م: (ومن حلف لا يأكل الرءوس فيمينه على ما يكبس في التنانير) ش: أي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جب قميصه إذا أدخله، كذا في " المغرب " ومادته كاف وباء موحدة وسين مهملة، ويقال كنس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الطير في مكناس إذا دخل فيه، والأول هو الصحيح م: (ويباع في المصر ويقال يكنس) ش: في الأسواق.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧١/٦

م: (وفي " الجامع الصغير " ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رءوس البقر والغنم عند أبي حنيفة – رحمه الله –) .

م: (وقالا) ش: أي وقال أبو يوسف – رحمه الله – ومحمد: م: (يقع على الغنم خاصة) ش: وقال فخر الإسلام: والقياس أن يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه. وفي **الاستحسان** يقع على المتعارف.." (١)

"ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم. وجه **الاستحسان** أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة، بخلاف الصوم، لأنه ركن واحد، وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني. ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا، وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء، والله أعلم.

ــــــبد من اليوم الكامل.

فإن قيل: المقصود في قوله لا يصوم مذكور لغة؟

قلنا: بل لغة لا شرعا، وعند ذكر الصوم صريحا منصرف إلى الكامل، وهو الصوم لغة وشرعا.

فإن قيل: يشكل هذا بما لو قال: والله لأصوم من هذا اليوم، وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق، والصوم مقرون باليوم، ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي، فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو بعد الزوال غير متصور.

والجواب: أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي، وهو كون اليمين بعد الزوال أو بعد الأكل، فانصرف إلى الصوم اللغوي، وانعقدت يمينه عليه، بخلاف ما نحن فيه، فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي، فيصرف إليه.

[حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع]

م: (ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم) ش: فإن في الصوم يحنث بمجرد الشروع، فكان ينبغي أن يكون هذا كذلك. ألا ترى أن الناظر إليه يسميه مصليا حين افتتح الصلاة م: (وجه **الاستحسان** أن الصلاة عبارة عن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧٨/٦

الأركان المختلفة) ش: من التكبير من القيام والقراءة والركوع والسجود م: (فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة) ش: فلا يحنث م: (بخلاف الصوم، لأنه ركن واحد، وهو الإمساك، ويتكرر في الجزء الثاني) ش: من حين ما مضى.

وفي " المبسوط " تكرر، ولا يشترط لأنها نصف القيام الموجود في أول الافتتاح، والتكرار ليس بشرط.

م: (ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا، وأقلها ركعتان) ش: وقال الشافعي: - رحمه الله - في قول، وأحمد - رحمه الله - في رواية يحنث بركعة، لأن الركعة الواحدة صلاة عندهما، وعند الشافعي - رحمه الله - في قول، وأحمد - رحمه الله - في رواية يحنث بالشروع، لأنه يسمى مصليا، وفي وجه يحنث بالتمام على وجه الصحة م: (للنهي عن البتيراء) ش: قد ذكر المصنف حديث البتيراء في كتاب الصلاة في." (١)

"ومن قال: إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث، لأن المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة، ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها. وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة؛ لأن كل ذلك أداة الاستثناء.

ـــــــQثم وزن خمسين أخرى فدفعها إليه لأنه حصل قبض الكل بصفة التفريق.

وجه **الاستحسان** أن الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة، فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة، والحال إذا كثر لا يمكن قبضه إلا بهذه الطريق، فصار هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الامتناع منه فيجعل مستثنى عن اليمين لا بدلالة الحال، وهو نظير لا أسكن هذه الدار وهو ساكنها.

م: (ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث، لأن المقصود منه عرفا، نفي ما زاد على المائة) ش: وشرط الحنث ما زاد على المائة، فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلم يحنث م: (ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) .

ش: وكذا لأن مستثنى المائة يكون مستثناه للخمسين ضرورة، لأن الاستثناء لا يكون إلا بجميع أجزائها، والخمسون من أجزائها.

م: (وكذلك لو قال: غير مائة أو سوى مائة، لأن كل ذلك أداة الاستثناء) ش: لأن حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الأدنى وفي " الجامع الكبير ": لو قال: عبدي حر إن كنت لا أملك إلا خمسين درهما، فلم يملك إلا عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على خمسين أو كان من جنس مال الزكاة،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٢٣٦

وحلف ما لي مال، يحنث بمال الزكاة.

وعند الشافعي - رحمه الله - يحنث بكل مال وعند مالك - رحمه الله - المال هو الذهب والفضة.." (١)

"معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية. وهذا استحسان. والقياس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقة. **وجه الاستحسان** أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية، والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب، أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم، ومن في المؤخر في المؤخر، فيشهد بحسب ما عنده.

وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة.

ـــــــــالزاوية الأخرى فيه، وهو معنى قوله م: (معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في رواية، وهذا استحسان) ش: أي حد الرجل والمرأة فيما إذا اختلف الشهود في البيت الصغير م: (والقياس أن لا يحد) ش: أي أحدهما، وهو قول زفر والشافعي ومالك - رحمهم الله - م: (لاختلاف المكان حقيقة) ش: فاختلف المشهود به، وهو الزنا كما في الدارين.

م: (**وجه الاستحسان** أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء) ش: أي انتهاء الفعل م: (في زاوية أخرى بالاضطراب) ش: ينتقلان إلى الزاوية الأخرى، بخلاف ما إذا كان البيت كبيرا لا يحتمل التوفيق، حيث لا يقبل شهادتهم، إذا لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة، خلافا لزفر - رحمه الله - م: (أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه) ش: أي يظن الواقع م: (من في المقدم) ش: أي من كان في مقدم البيت يظنه م: (في المقدم، ومن كان في مؤخر البيت) ش: يظنه م: (في المؤخر، فيشهد كل بحسب ما عنده) ش: أي بحسب ما ثبت عنده.

فإن قيل: في التوفيق احتيال للإقامة، وقد أمرنا بالاختيار للدرء.

قلنا: هذا احتيال بقول الشهادة والتوفيق في الحدود مشروع، والشهادة حجة مجرى تصحيحا بحسب صحتها مهما أمكن، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد.

فإن قيل: الاختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه، والاختلاف في المكان في الزاوية منصوص عليه فكيف يقاس ذلك عليه.

قلنا: التوفيق مشروع فيما إذا كان الاختلاف منصوصا عليه بأن شهد اثنان بأنه زنى بامرأة بيضاء، وآخر

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٢٥١

بامرأة سوداء، أو شهد اثنان بأن عليها ثوبا أحمر، أو آخران بأن عليها ثوبا أصفر. وكذلك لو اختلفوا في الطول والقصر، أو في السمن والهزل، ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه والطواعية، لما أن التوفيق يمكن بأن يكون لابتداء الفعل بالإكراه وانتهائه بالطوع. كذا في قاضي خان وغيره. أجيب بأن الإكراه أسقط، سواء كان أول الفعل أو آخره، لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب، وبالنظر إلى الانتهاء يجب، فلا يجب بالشك.

[شهد أربعة أنه زنى بامرأة واختلفوا في المكان والزمان]

م: (وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة) ش: بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة. ومن قال بفتح الباء الموحدة وكسر الجيم فقد صحف، لأن نخيلة على وزن فعيلة اسم مكان، حي من اليمن سمي بنخيلة امرأة من." (١)

"فلا يقع جارحا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب، وهو قلة هدايته فاقتصر عليه، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة.

وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد؛ لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها، فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضا، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه؛ لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل

ش: ألا ترى أن الجلد لا يقام في الحر أوالبرد الشديد ولا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متعلقا ولا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحا

م: (ولا يقع) ش: أي الضرب حال كونه م: (جارحا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب، وهو قلة هدايته) ش: في عمله، أي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله وترك احتياطه م: (فاقتصر عليه) ش: أي فاقتصر الجرح أو الهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود أو القاضي، إلا أنه استثني من قوله فاقتصر عليه. وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب الضمان عليه، وهو القياس. فأجاب عنه بقوله م: (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) ش: وهو **الاستحسان** م: (كيلا يمتنع الناس عن الإقامة) ش: أي عن إقامة الحدود م: (مخافة الغرامة) ش: أي لأجل الخوف عن الغرامة، وقيد الصحيح احترازا عما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٣٢/٦

روي في " مبسوط " فخر الإسلام:

ولو قال قائل: يجب الضمان على الجلاد فله وجه، لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه، لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قابل، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعديا فيجب عليه الضمان، والله أعلم.

م: (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) ش: أي الرجل م: (لما فيها) ش: أي في شهادة الفروع م: (من زيادة الشبهة) ش: يعني لما فيها من شبهة زاده على الأصل لم يكن فيه، فإن الكلام إذا تداولته الآلة يمكن فيها زيادة ونقصان م: (ولا ضرورة إلى تحملها) ش: أي على تحمل زيادة الشبهة، لأن الحدود لدرئها لا لإثباتها.

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول محمد ومالك وأحمد. وقال الشافعي - رحمه الله - في الأصح يقبل إذا كان بشرائط كشهادة الأصول.

م: (فإن جاء الأولون) ش: أي الأصول بعدما شهد الفروع م: (فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان) ش: يريد به ذلك الزنا بعينه م: (لم يحد أيضا معناه) ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - في ذلك المكان م: (شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لأن شهادتهم) ش: أي شهادة الأصول م: (قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة؛ إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل) ش: أي الفروع." (١)

"ولا ضمان على الشهود؛ لأنه لم يقع كلامهم شهادة، ولا يحدون حد القذف؛ لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه، وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه، فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية. وفي القياس يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق. وجه **الاستحسان** أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل، فأورث شبهة، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء؛ لأن الشهادة لم تصر حجة بعد، ولأنه ظن مباح الدم معتمدا على دليل مبيح، فصار كما إذا ظنه حربيا، وعليه علامتهم.

ـــــــQولا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله، خلافا لمحمد - رحمه الله - ويشترط الإتيان في سائر الحقوق والأربعة في الزنا، ويجوز شهادة رجل وامرأتين على الإحصان.

كذا قال الحاكم م: (ولا ضمان على الشهود) ش: لأنه يقع كلامهم بشهادة فيه، نظرا لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء، وقد اتصل به القضاء، فما وجه قوله م: (لأنه لم يقع كلامهم

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٣٨/٦

شهادة) ش: والجواب إذ القضاء لما أظهر خطأه بيقين، صار كأن لم يكن، فلا يتصل القضاء بكلامهم، فلا يصير شهادة. م: (ولا يحدون) ش: أي الشهود م: (حد القذف؛ لأنهم قذفوا حيا، وقد مات فلا يورث عنه) ش: أي لا يورث حد القذف عن الميت، لا يقال لم يجعل قذفا للميت للرجال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة؛ لأنا نقول عليه الانقلاب للرجوع عن الشهادة. فالجواب فلم يوجد.

فإن قيل: لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا للانقلاب كالرجوع إن انقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة.

م: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) ش: في ماله م: (وفي القياس يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق. وجه **الاستحسان** أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل، فأورث شبهة) ش: كنكاح الفاسد يكون شبهة أسواط الحد.

م: (بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء) ش: حيث يجب القضاء لعدم الشبهة لأن القضاء هو المورث للشبهة لم يوجد، أشار إليه بقوله م: (لأن الشهادة لم تصر حجة بعد، ولأنه ظنه) ش: عطف على قوله أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل، أي ظن الذي قتله م: (مباح الدم معتمدا على دليل مبيح، فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم) ش: أي كما إذا ظن المسلم والغازي أو الشخص حربيا، وعليه علامتهم، أي علامة أهل الحرب. فقتله عمدا، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم.." (١)

"والشافعي - رحمه الله - يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره، ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره، فيحتال لدرئه؛ لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف؛ لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله وفي ظاهر الرواية تكون ردة، والله أعلم بالصواب.

ــــــــأبا حنيفة درأ الحد م: (بالاحتياط) ش: فاعتبر في إيجاب الحد النهاية، إذ الاحتياط في الدرء واعتبر في حق الشرب ما قالاه؛ لأن الاحتياط فيه م: (والشافعي - رحمه الله - يعتبر) ش: يعني السكر م: (ظهور أثره) ش: أي أثر المسكر م: (في مشيته) ش: بكسر الميم م: (وحركته وأطرافه) ش: أي في يديه ورجليه. وقال الأترازي وصاحب " الهداية " في هذا الكلام فخر الإسلام البزدوي قال في شرح " الجامع الصغير "

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٣٤٤

إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو السكران. ولنا فيه نظر؛ لأن الشافعي - رحمه الله - يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر به جنسه، وإن قيل: وهو المذكور في كتبهم، ولا يعتبر السكر أصلا.

م: (وهذا) ش: أي الذي قال الشافعي - رحمه الله - م: (مما يتفاوت) ش: لأن كم من صاح يتمايل ويلزق في مشيته، وكم من سكران ثابت في مشيته ولا يتمايل م: (فلا معنى لاعتباره) ش: أي لاعتبار ما قاله؛ لأنه لا يكون دليلا م: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) ش: يعني بالحدود الخالصة حقا له تعالى، نحو حد الزنا والشرب والسرقة م: (لزيادة احتمال الكذب في إقراره) ش: لأن الإقرار خبر محتمل الكذب. فإذا صدر من سكران فهذا زيادة احتمال كذبه، فإذا كان كذلك م: (فيحتال لدرئه) ش: لأن الحدود يحتال لدرئها لا ر إثباتها م: (لأنه خالص حق الله تعالى) ش: إلا أنه يضمن المروق؛ لأنه حق العبد.

م: (بخلاف حد القذف؛ لأن فيه حق العبد) ش: إلا أنه يحد حد القذف إذا صح م: (والسكران فيه) ش: أي في حق العبد م: (كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته) ش: كالقصاص أقر على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح إقراره.

م: (ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) ش: في **الاستحسان** وفي القياس تبين كذا في " المبسوط " م: (لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق) ش: الاعتقاد م: (مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله، وفي ظاهر الرواية: تكون ردة) ش: لأن كلامه هذا هذيان لا إقرار له والله أعلم بالصواب.." (١)

"ومن قال لغيره في غضب: لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد، ولو قال في غير غضب: لا يحد؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقة سبا له، وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسباب المروءة. ولو قال: لست بابن فلان يعني جده لم يحد؛ لأنه صادق في كلامه

ـــــــهفإن قيل: جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه، ولا يكون ثابت وأمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة.

قلنا: إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله -، إلا أن مالكا لا يشترط كون أمه وأبيه مسلمين حرين، بل يشترط نفي الإحصان، وبه قال أحمد - رحمه الله - في روايته، وفي " المبسوط ": وجوب الحد هاهنا بطريق **الاستحسان** لا القياس، وفي القياس: لا يجب إذا تركنا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٣٦١

كالقيام بأثر ابن مسعود - رضي الله عنه – أنه قال: لا يحد في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه.

فإن قلت: هذا كله إذا قال: لست لأبيك، فإذا قال: لست لأمك ما حكمه.

قلت: لا يحد، وبه صرح في " التحفة " لأنه صدق لأن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات. وقال الأترازي: يشترط في قوله ليست أن يكون على سبيل الغضب الباب، وإن كان في غير غضب فلا حد بدليل المسألة التي تلي هذه.

م: (من قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له) ش: وفي بعض النسخ يدعى إليه م: (يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد؛ لأن عند الغضب يراد به حقيقة سبا له) ش: أي شتما له فيحد؛ لأنه يصير قاذفا لأمه م: (وفي غيره) ش: أي في غير غضب م: (يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه) ش: وفي بعض النسخ أباه بالباء الموحدة م: (في أسباب المروءة) ش: منها الأخلاق الجميلة، وعن المعاشرة مع الأصحاب وإظهار الكرم.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرهما لست بابن فلان ولا ابن فلانة، وهي أمه التي يدعى لها حيث لا يكون قذفا، مع أن القذف يراد بهذا اللفظ.

أجيب: بأن قوله ولا ابن فلانة، يعني أن أمه وإنما ينتفي منها بانتفاء الولادة، وكان نفيا للولاة ونفي الولادة نفي للوطء، ونفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يصل لك بمعنى، ولا ابن فلانة نفي من الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه، فصار كأنه قال أنت ولد الزنا، كذا في " الذخيرة ".

م: (ولو قال لست بابن فلان يعني جده) ش: يعني أراد به جده لا أباه م: (لم يحد؛ لأنه صادق في كلامه) ش: لأنه في الحقيقة ابن أبيه لا جده.." (١)

"فيحتال للدرء، إذ اللعان في معنى الحد.

ولو قالت: زنيت بك فلا حد ولا لعان، ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه، وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك بعد النكاح؛ لأني ما مكنت أحدا غيرك، وهو المراد في مثل هذه الحالة

ـــــــــــــــــــــــــــــ (فيحتال للدرء) ش: أي لدرء اللعان تحد المرأة بتقديمه م: (إذ اللعان في معنى الحد) ش: يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٦٦/٦

[قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يا زانية]

م: (ولو قالت زنيت بك) ش: أي لو قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يا زانية م: (فلا حد ولا لعان، ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية) ش: أي معنى قولها زنيت بك أنها قالت ذلك بعدما قال الزوج لها يا زانية كما قررناه، وفيه قياس واستحسان لم يذكرهما المصنف، وإنما لم يجب الحد ولا اللعان.

وبه قال أحمد استحسانا، وبه قال [...] والقياس أن يلاعنها؛ لأن هذا ليس بتصديق منها له؛ لأن المرأة لا تزني بزوجها، وبه قال مالك - رحمه الله -.

وقال أشهب: إلا أن يقول ذلك محابة ولم أرد قذفا ولا إقرارا فلا حد عليها. وعند الشافعي - رحمه الله - حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه بالزنا ويكتفي بين واحدة في وجه، وعليه الحدود وبها لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا.

وجه **الاستحسان** هو قوله: م: (لوقوع الشك في كل واحد منهما) ش: أي لوقوع الشك في كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك م: (لأنه يحتمل) ش: أي المرأة م: (أنها أرادت الزنا قبل النكاح، فيجب الحد دون اللعان) ش: أي لا يجب اللعان م: (لتصديقها إياه) ش: أي لتصديق المرأة زوجها.

م: (وانعدامه منه) ش: أي ولانعدام التصريف من الزوج م: (ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك) ش: الخطاب للزوج، أي زنائي هو الذي وجد معك، يعني إذا كان الزنا موجود مني، فذاك الفعل الذي وجد مني معك م: (بعد النكاح) ش: وإلا فلا، وهو معنى قوله بعد النكاح م: (لأني ما مكنت أحدا غيرك، وهو المراد في مثل هذه الحالة) ش: أي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا.

وفي " الفوائد الظهرية ": ولا معنى لما قال في الكتاب لا يحتمل بعد النكاح؛ لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنا، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة. وأجيب عليه بأن الزوج بقوله لها زانية أعصابها وهي ترد بقولها زنيت بك أعصب وأذنه ممسكة بقوله عز وجل: ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾ [النور: ٣] (النور: الآيه٣) ، وسميت الوطء بعد النكاح زنا مجازا." (١)

"وكذا إذا سرق زيادة على حقه؛ لأنه لمقدار حقه يصير شريكا فيه. وإن سرق منه عروضا قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا بالتراضي. وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يقطع؛ لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦/٣٨٠

ـــــــــQوعند الشافعي: إن لم يكن الغريم مماطلا قطع، وإن كان مماطلا لا يقطع، وبه قال مالك وأحمد في رواية.

وقال الشافعي في وجه: إذا بلغت الزيادة على حقه نصابا يقطع، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في اختلاف جنسه وجهان، في وجه يقطع، وبه قال مالك وأحمد. والأظهر أنه لا يقطع. ولم يذكر القدوري هذه المسألة في مختصره، وذكرها في شرحه. وذكر القياس **والاستحسان.**

والمصنف لم يذكر وجه القياس. وذكر وجه **الاستحسان** بقوله: لأن التأجيل لتأخير المطالبة، أي لأن التأجيل في الدين لتأخير المطالبة إلى حلول الأجل وهو لا نصر ملك الديn.

م: (وكذا إذا سرق زيادة على حقه) ش: أي وكذا لا يقطع عندنا إذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه

م: (لأنه لمقدار حقه يصير شريكا فيه) ش: فتتمكن الشبهة.

م: (وإن سرق منه عروضا قطع) ش: يعني إذا أخذ عروضا مكان الدراهم يقطع م: (لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه) ش: أي من الديون الاستيفاء منه م: (إلا بيعا بالتراضي) ش: أي إلا من حيث البيع بالتراضي، والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي.

والفرق بين أخذ جنس حقه وبين أخذ جنسه ظاهر، وهو جنس التفاوت؛ ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجزئ.

م: (وعن أبي يوسف – رحمه الله – أنه لا يقطع؛ لأن له أن يأخذه) ش: أي لأن السارق له أن يأخذ غير جنس حقه م: (عند بعض العلماء) ش: وهو ابن أبي ليلى، فإن عنده له أن يأخذ خلاف جنس حقه بعضا لوجود المجانسة من جنس المالية، وبه قال الشافعي أيضا.

وإن لم يدع الأخذ لحقه، فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط م: (قضاء من حقه) ش: أي من حيث القضاء من حقه م: (أو رهنا بحقه) ش: أي أو يأخذه من حيث إنه الرهن بحقه.

وقال في كتاب " السرقة " فإن قال لما أردت أن آخذ العروض رهنا بحقي أو قبضا بحقي درئ عنه القطع للمحاشمة، وإن كان حقه دراهم فوق دنانير تقطع، كذا ذكر القدوري في شرحه، وقيل: تبع للمجانسة بينهما من حيث التسمية على ما يجيء الآن.

وكذا القطع إذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم؛ لأنه لا يصير قصاص حقه، بل يصير بيعا مبتدأ. ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع، إلا أن يكون المولى وكيلهما بالقبض." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٣٠

"والبصرة عنده كلها عشرة بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - لأن حيز الشيء يعطى له حكمه، كفناء الدار يعطى له حكم الدار، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به.

وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية، لأنها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة - رضي الله عنهم - وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم،

ـــــــــQقال في " ديوان الأدب ": حيز الناحية وجمعه أحياز جمع على لفظه، وأصله من الواو، قال في المجمل: القياس أحواز.

قلت: لأن أصل حيز حيوز، لأنه من الحوزاء، جمعت الياء والواو فسبقت إحداهما بالسكون فأبدلت الواو ياء، وأدغمت الياء في الياء.

والمراد من قوله: ومن أحيا أرضا مواتا، لمسلم، فإن الذمي إذا أحيا أرضا مواتا تكون خراجية، كذا في شرح الطحاوي.

وعلى قياس أبي يوسف ينبغي أن تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز أرض الخراج، وإن أحياها المسلمون، إلا أن القياس ترك بإجماع الصحابة على توظيف العشر عليها. وهذا معنى قوله م: (والبصرة عنده كلها عشرية بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم -) ش: كذا: قاله أبو عمر وغيره م: (لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) ش: أي حكم ذلك الشيء، وهذا دليل أبي يوسف على مذهبه.

م: (كفناء الدار يعطى له حكم الدار، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به) ش: أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره، وإن لم يكن الفناء ملكا له لاتصاله بملكه، وقد ذكر في " المبسوط ": قال المستأجر لأجراء: هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر، فحفروا فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياسا، لأنهم علموا بفساد الأمر فما منعهم.

وفي **الاستحسان** أن الضمان على المستأجر، لأن كونه فناء منزله كونه مملوكا له لإطلاق يده في التصرف فيه من القانطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان، فعلم أن الفناء حق الانتفاع وإن لم يكن ملكا له.

[توظيف العشر على البصرة]

م: (وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر) ش: وفي بعض النسخ: وكذا لا يجوز أخذ ما قرب العامر، لأن لأهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر م: (وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية) ش: قيل هذا

تكرار، لأنه قال: والبصرة عشرية، إلى آخره.

ورد عليه بأن الأول رواية القدوري وهذا شرح لذلك م: (لأنها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة - رضي الله عنهم - وظفوا عليها العشر، فترك القياس لإجماعهم) ش: أي لإجماع الصحابة على توظيف العشر على البصرة، وقد ذكرناه.." (١)

"وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله؛ لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. **وجه الاستحسان** أنه إقرار للصبي بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه، ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط، وقيل يبتنى عليه بطلان يده. ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والأصح أنه على القياس **والاستحسان،**

ــــــوأقام أحد من المسلمين أنه ابنه فهو للذمي بحكم يده.

وأما لو كان مدعيا اللقيط خارجين أحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم، فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد كذا في " الذخيرة " و " الإيضاح ".

وقال الشافعي وأحمد: الترجيح بقول القافة م: (وهذا استحسان) ش: أي هذا الذي ذكره القدوري استحسان م: (والقياس أن لا يقبل قوله؛ لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط) ش: من حق اللقيط وما لعامة المسلمين من الولاء، فلا يقبل من غير بينته م: (**وجه الاستحسان** أنه إقرار للصبي بما ينفعه) ش: من حيث وجوب المنفعة والحضانة فقبل قوله م: (لأنه) ش: أي لأن اللقيط م: (يتشرف بالنسب ويعير بعدمه) ش: أي بعدم النسب.

م: (ثم قيل: يصح في حقه) ش: هذه إشارة، إلى خلاف المشايخ في ادعاء الخارج أن اللقيط ابنه، فقال بعضهم: يصح ادعاؤه في حق النسب يعني في حق ثبوته في إبطال يد الملتقط، وهذا معنى قوله م: (دون إبطال يد الملتقط) ش: وقال بعضهم: يقبل قوله فيهما جميعا.

وهو معنى قوله م: (وقيل: يبتنى عليه) ش: أي على ثبوت النسب م: (بطلان يده) ش: أي يد الملتقط؛ لأن الأب أحق بالولد من الأجنبي، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنا وإن لم يثبت قصدا، كما يثبت الإرث بشهادة القابلة على الولادة حكما.

م: (ولو ادعاه الملتقط) ش: أي ولو ادعى نسب الملتقط وهو الذي التقطه، وهذا ذكره المصنف تفريعا لمسألة القدوري م: (قيل: يصح) ش: أي ادعاؤه م: (قياسا واستحسانا) ش: يءني من حيث القياس ومن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٢٢٥

حيث **الاستحسان**؛ لأنه لم تبطل دعواه حق أحد، ولا منازع له في ذلك. م: (والأصح أنه على القياس **والاستحسان**) ش: أي على اختلاف حكم القياس مع حكم **الاستحسان**، يعني في القياس لا يصح، وفي **الاستحسان** يصح كما في دعوى غير الملتقط. ولهذا لم يذكرهما الكرخي.

وإنما ذكرهما الطحاوي فقال: القياس أن لا تصح دعواه إلا ببينته، وفي **الاستحسان** تصح بغير بينته.

ثم اعلم أن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الأجنبيين، بيانه أن دعوى الأجنبيين." (١)

"وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به؛ لأن الظاهر شاهد له. لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب،

________إنما لا تصح قياسا للزوم بطلان حق الملتقط، ودعوى الملتقط إنما لا تصح قياسا لتناقض كلامه؛ لأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطا في يده، ثم إنه لما ادعى أنه ابنه كان مناقضا لا محالة، **وجه الاستحسان** ظاهر وهو أن فيه بقاء الصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له أسرى بذلك وفاء.

قيل: من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال، فربما يكون الصبي منبوذا بقبض الحوارث، فيظن الملتقط أنه لقيط، ثم تبين أنه ولده فلا تناقض إذا، ولئن سلمنا التناقض ظاهرا فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كسب نفسه.

م: (وقد عرف في الأصل) ش: أي قد عرف حكم هذا في " المبسوط "، وهو ما ذكرناه م: (وإن ادعاه اثنان) ش: أي وإن ادعى اللقيط شخصان من خارج م: (ووصف أحدهما علامة في جسده) ش: أي في جسد اللقيط، مثل ثيابه أو سلعته أو أثر لذلك ونحو ذلك م: (فهو أولى به) ش: أي الذي وصف علامة أولى باللقيط م: (لأن الظاهر شاهد له، لموافقة العلامة كلامه) ش: فيجب على اللقيط دفعه إليه.

وقال الشافعي وأحمد وأبو الليث وأبو ثور والأوزاعي: يعتبر قول القافة، وإذا اشتبه على القافة أقرع، وكذا إذا تعارضت بينتاهما لحديث المدلجي. وقال مالك: لا يثبت النسب ببينة، أو يكون لدعوى أحدكم بل عرف أنه لا يعيش له الولد فزعم أنه رماه؛ لأنه سمع إذا طرح نفس عاش، ونحو ذلك مما يدل على صدقه، وقال أشهب: يلحق بمجرد الدعوى إذا ادعاه ملتقطه أو غيره، إلا إن بان كذبه كذا في جواهر المالكية.

م: (وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السب) ش: وهو الدعوة رأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط، وقد مر خلاف الشافعي وأحمد في اعتبارهما قول القافة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٥/٧

وإن كان المدعي أكثر من اثنين.

روي عن أبي حنيفة أنه جزاء إلى خمسة، ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف، وبه قال أحمد في رواية، وقال محمد: يلحق بأكثر من ثلاثة، وبه قال أحمد في رواية. في " الإيضاح ": ولو وافق بعض القافة وخالف البعض سقط الترجيح.

وفي " الذخيرة ": وهذا بخلاف في اللقطة لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق من حيث لا يرجح صاحب الوصف، بل إذا انفرد الواصف بحل الملتقط دفعها عليه، ولا يجب وهنا يلزمه." (١)

"ولو سبقت دعوى أحدهما فهو ابنه؛ لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه، إلا إذا أقام الآخر البينة؛ لأن البينة أقوى.

وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين، أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما، وهذا استحسان؛ لأن دعواه تتضمن النسب، وهو نافع للصغير، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره

ـــــQدفعه، والفرق أن في فصل اللقيط، ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كما لو أقام البينة فمعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق.

وأما في اللقيط فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف، فلو اعتبر الوصف اعتبر أصل الاستحقاق، والوصف لا يصلح سببا له فافترقا.

م: (ولو سبقت دعوى أحدهما فهو ابنه؛ لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة؛ لأن البينة أقوى) ش: لتأكد دعواه بها، وفي " الشامل " ادعته امرأة أنه ابنها لم يقبل إلا ببينة لأن في دعوى المرأة حمل النسب على الزوج، وإذا ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص.

وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما، وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة أيضا، وفي وجيز الشافعية، ولو ازدحم اثنان قدم من سبق فإن استويا قدم الغني على الفقير، والبلدي على القروي والقروي على البدوي، وكل ذلك ينظر للصبي، وظاهر العدالة يقدم على المستور في أحسن الوجهين، فإن تساويا من كل وجه أقرع بينهما، وسلم إلى من خرجت قرعته.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٦/٧

[الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني]

م: (وإذا وجد) ش: أي اللقيط م: (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره.

وقال المصنف: م: (وهذا استحسان) ش: والقياس أنه لا يثبت نسبه من الذمي؛ لأن المنبوذ في دار الإسلام محكوم عليه بإسلامه، بدليل الصلاة عليه إذا مات ودفنه في مقابر المسلمين، وإذا ثبت إسلامه بحكم دار الإسلام لا يصدق ذمي على دعواه؛ لأن كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، وأشار إلى وجه **الاستحسان** بقوله م: (لأن دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير) ش: من حيث وجوب النفقة والحضانة. م: (وإبطال الإسلام) ش: أي يتضمن دعواه أيضا إبطال الإسلام م: (الثابت بالدار) ش: أي بدار الإسلام م: (وهو يضره) ش: أي وإبطال الإسلام يضر اللقيط. ولا يمنع أن يكون الذمي ولد مسلم، ولهذا يكون ولده مسلما إذا أسلمت أمه، وقال الكرخي في " مختصره "، وقال ابن سماعة عن محمد في " النوادر " في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني، قال: فهو ابنه وهو مسلم، وإن كان عليه رأي الإسلام فإني أجعله مسلما وأثبت نسبته من." (١)

"بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب، وهذا إذا كانت في يد القاضي، فإن كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار، وإن كان أحدهما ظاهرا يشترط الإقرار بما ليس بظاهر، هذا هو الصحيح.

ـــــــQمضروب من الفضة والذهب كما قاله في " المغرب " م: (بمنزلتهما) ش: أي بمنزلة النقدين م: (في هذا الحكم) ش: أي في القضاء بالقيمة م: (لأنه يصلح قيمة كالمضروب) ش: أي كالدراهم والدنانير فلهم أخذ جنس حقهم، وللقاضي إعانته في ذلك.

م: (وهذا) ش: أي هذا الذي ذكرناه من إنفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير م: (إذا كانت في يد القاضي، فإن كانت وديعة) ش: عند رجل م: (أو دينا ينفق) ش: أي القاضي م: (عليهم منهما) ش: أي من الوديعة والدين م: (إذا كان المودع) ش: بفتح الدال م: (والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح) ش: بين المفقود دون وجه م: (والنسب) ش: بينه وبين من يستحق عليه النفقة م: (وهذا) ش: أي الاحتياج إلى الإقرار إنما هو م: (إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي) ش: أي الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١٧/٧

الدين والوديعة شيئا واحدا، والنكاح والنسب كذلك، فكذلك ذكرهما بلفظ التنبيه بدليل قوله بعد م: (فإن كانا ظاهرين) ش: أي الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي م: (فلا حاجة إلى الإقرار) ش: أي إقرار المودع أو المديون.

م: (وإن كان أحدهما ظاهرا) ش: أي أحد الشيئين اللذين أحدهما الوديعة والدين، وقد ذكرناه أنه جعلهما واحدا، والآخر من الشيئين هو قوله أو النكاح والكسب، أي أو كان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب م: (يشترط الإقرار بما ليس بظاهر) ش: مثلها إن لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط إقرار المودع والمديون، كأن يقول: هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود.

وكذا إذا لم يكن الدين أو الوديعة ظاهرا عند القاضي يقول من في يده المال هذه وديعة فلان المفقود أو دين فلان المفقود، وقال خواهر زاده في " مبسوطه ": ولم يذكر في الكتاب يعني في " المبسوط " أنه إذا كان للمفقود دينا ووديعة ينفق أولا من الوديعة أو من الدين ثم قال: وذكر في " السير الكبير ": ينفق من الوديعة أولا؛ لأن النظر للغائب في هذا لأنه إذا أنفق أولا من الدين ربما تهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق.

فإذا حضر الغائب لا يلقى إلا الدين ولا يجد الوديعة، والدين لا ينوى م: (هذا هو الصحيح) ش: أي الإنفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد، هو الصحيح وهو وجه **الاستحسان**، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس، وهو قول زفر؛ لأنه قضاء على الغائب." (١)

"فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون؛ لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي؛ لأن القاضي نائب عنه. وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب، لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك؛ لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه، وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود.

قال: ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر - رضي الله عنه - هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة فلا يجوز.

وجه **الاستحسان**: أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم، فكان للقاضي أن ينفق عليهم من

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٣٦١

ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته.

م: (فإن دفع المودع) ش: بفتح الدال م: (بنفسه أو من عليه الدين) ش: أي أو أعطى من عليه الدين م: (بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي؛ لأن القاضي نائب عنه) ش: أي عن المفقود.

م: (وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا) ش: يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب م: (أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك) ش: لأن الخصومة إما دفع من المالك أو نائب المالك، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك م: (لأن ما يدعيه) ش: أي الآخذ من المتحققين.

م: (للغائب) ش: أي لأجله م: (لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة؛ لأنها) ش: أي لأن النفقة م: (كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ش: فلم يكن خصما عن المفقود حكما، وقال شيخي العلاء - رحمه الله -: حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد أن هذا المال هو الدين والوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم؛ لأنه كما تجوز النفقة في الدين والوديعة تجوز في مال آخر أيضا للمفقود فلم ينتصب خصما.

وقوله: لم يتعين سببا لثبوت حقه أي لم يتعين محلا لثبوت حق آخذ مستحق النفقة، وإنما ذكر السبب مقام ذكر المحل لمناسبة بينهما، لما أن السبب يعمل في المحل.

[حق امرأة المفقود]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر - رضي الله عنه - هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في " مصنفه) في." (١)

"وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل ذلك بانفراده فاسد. وجه **الاستحسان** قوله - صلى الله عليه وسلم - فاوضوا فإنه أعظم للبركة، وكذا الناس يتعاملون بها ـــــــهالتساوي في المال.

م: (وجه القياس أنها) ش: أي إن المفاوضة م: (تضمنت الوكالة بمجهول الجنس) ش: أي بشراء شيء

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٦٢/٧

مجهول الجنس م: (والكفالة) ش: أي تضمنت الكفالة م: (بمجهول، وكل ذلك) ش: أي المذكور من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول. م: (بانفراده فاسد) ش: فعند انضمامهما بالطريق الأولى ألا ترى أنه قال وكلتك بالشراء أو شراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا يصح أيضا بخلاف الكفالة بمعدوم، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك على فلان يعني به.

فإن قيل: الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع ما شئت، فإنه يجوز له أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد هاهنا، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله، فإذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز. م: (وجه الاستحسان قوله – عليه السلام –، «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» ش: هذا غريب ليس له أصل، وقال الأترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وهذا لا يرضى به الخصم.

وقال ابن قدامة في " المغني " لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن، وقال الكاكي: قيل له هذا لا يدل على عدم صحته، إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يرويه أصحاب السنن.

قلت: سلمنا ذلك ولكن لا بد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة إلى أن ينتهي إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي – صلى الله عليه وسلم –، وذكر الكاكي أيضا قوله – عليه السلام –: «إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة» .

قلت: أيضا غريب مثل ذلك، نعم روى ابن ماجه في " سننه " في التجارات عن صالح بن صهيب قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع..» انتهى.

قوله: المفاوضة بالقاف والواو في بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بالفاء، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب " غريب الحديث "، وضبط المعاوضة بالعين والضاد، وفسر المعاوضة بأن بلغ عرضاه بعرض مثله. قال والعرض هو مأجور النفور من دابة أو غيرها، وقال العرض بفتح الراء حطام الدنيا، ومنه قوله – عليه السلام –: «ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس» .

قلت: هذا أيضا لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان م: (وكذا الناس يتعاملون بها) ش:." (١)

"خلافا لمالك وزفر – رحمهما الله – فيهما؛ لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت. ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثا جاز، وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل، فالزيادة عليه

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٧٧/٧

ربح ما لم يضمن، فلم يجز العقد لتأديته إليه، وصار كشركة الوجوه، لكنا نقول: ما يأخذه لا يأخذه ربحا؛ لأن الربح عند اتحاد الجنس،

ـــــــأحدهما قصارا والآخر خياطا أو قعدا في دكاكين جاز عندنا. م: (خلافا لمالك وزفر - رحمهما الله - فيهما) ش: لأنه إذا كان العمل مختلفا ففي كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله؛ لأن ذلك ليس من صيغته فلا يحصل المقصود من الشركة.

ولنا ما قاله المصنف بقوله. م: (لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه) ش: أشار إلى قوله ولنا أن المقصود منه التحصيل: وهو يمكن بالتوكيل. م: (لا يتفاوت) ش: خبر إن، أي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبة على أصل زفر والشافعي - رحمهما الله - في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر - رحمه الله - مع مالك - رحمه الله - في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة، أجيب: بأن زفر - رحمه الله - له في هذه المسألة أعني الخلط قولان، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي لا يشترط فيها، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره مناقضا.

م: (ولو شرط العمل نصفين) ش: أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل نصفين. م: والمال) ش: أي الربح الحاصل. م: أثلاثا جاز) ش: استحسانا. م: (وفي القياس لا يجوز) ش: وهو قول زفر - رحمه الله -. م: (لأن الضمان بقدر العلم) ش: أي الضمان في كل واحد منهما بقدر عمله، وعمله في النصف. م: (فالزيادة عليه) ش: أي على عمله في النصف.

م: (ربح ما لم يضمن) ش: لأنه يؤجل الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن، وهو حرام لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك. م: (فلم يجز العقد لتأديته) ش: أي لتأدية هذا العقد. م: (إليه) . ش: أي إلى ربح ما لم يضمن. م: (وصار كشركة الوجوه) ش: في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشترى بينهما على السواء.

وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا.

م: (لكنا نقول) ش: بيان وجه **الاستحسان**. م: (ما يأخذه) ش: أي ما يأخذه كل من الشريكين. م: (لا يأخذه ربحا) ش: أي حال كونه ربحا. م: (لأن الربح عند اتحاد الجنس) ش: أي لأن الربح لا يكون إلا

عند اتحاد الجنس.

ولهذا قالوا استأجر دارا بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح." (١)

"وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا مستوجب الأجر يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل.

قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا، فتصح الشركة على هذا سميت به؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال، وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه

ـــــــم: (وجه الاستحسان، أن هذه الشركة مقتضية للضمان، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا) ش: أي لكون العمل مضمونا. م: (مستوجب الأجر) ش: أي مستحق الأجر. م: (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) ش: أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الأجر.

لأن الغرم بالغنم، فإذا كان كذلك. م: (فجرى) ش: أي هذا العقد. م: (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) ش: وإنما قال يجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين؛ لأنه فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراه، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتا لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة؛ لأن التنصيص على مفاوضته لم يوجد، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة.

[المراد بشركة الوجوه]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما) ش: يعني بوجاهتهما، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلعة بالنسبة لأمانتهما، وقال بعضهم: إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لأنه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه.

م: (ويبيعا) ش: عطف على قوله أن يشتريا. م: (فتصح الشركة على هذا) ش: أي على كونهما مشتريين

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٤٠٩

وجوها. م: (سميت به) ش: أي شركة الوجوه على تأويل العقد. م: (لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس) ش: الوجه والجاه بمعنى واحد، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس. قال الله تعالى: ﴿وكان عند الله وجيها﴾ [الأحزاب: ٦٩] (الأحزاب: الآية ٦٩) .

م: (وإنها) ش: أي شركة الوجوه. م: تصح مفاوضة) ش: إذا كان الرجلان من أهل الكفالة. م: (لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال) ش: أي الثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه، ويكون المشترى بينهما نصفين، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو ما قام مقامه.

م: (وإذا أطلقت) ش: أي أن شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة؛ إذ الوكالة. م: (تكون عنانا؛ لأن مطلقه) ش: أي لأن مطلق عقد الشركة الصنائع. م: (ينصرف إليه) ش: أي إلى العنان،." (١)

"فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى. وقال محمد - رحمه الله -: يجوز حبس الكراع والسلاح، معناه: وقفه في سبيل الله، وأبو يوسف - رحمه الله - معه فيه على ما قالوا، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، لما بينا من قبل، **وجه الاستحسان** الآثار المشهورة فيه منها قوله - عليه السلام -: «وأما خالد - رضي الله عنه - فقد حبس أدرعا وأفراسا له في سبيل الله تعالى»

ـــــــQم: (فلأن يجوز الوقف فيه) ش: أي في المنقول. م: (تبعا) ش: أي من حيث التبعية. م: (أولى) ش: بالجواز. م: (وقال محمد - رحمه الله -: يجوز حبس الكراع) ش: أي الخيل، قال في " ديوان الأدب ": الكراع: الخيل.

وكذا فسره المصنف - رحمه الله - على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى، والكراع من البعير والبقر والغنم، ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع. كذا في " الصحاح "، [و] المراد الأول.

م: (والسلاح) ش: أي وحبس السلاح أيضا، وقال المصنف. م: (معناه) ش: معنى قول محمد - رحمه الله - يجوز حبس الكراع والسلاح. م: (وقف في سبيل الله عز وجل، وأبو يوسف معه) ش: أي مع محمد. م: (فيه) ش: أي في الجواز حبس الكراع والسلاح. م: (على ما قالوا) ش: أي المشايخ.

م: (وهذا) ش: أي جواز حبس الكراع والسلاح. م: (استحسان) ش: أي بطريق **الاستحسان**. م: (والقياس أن لا يجوز، لما بينا من قبل) ش: أي من حبس شرط التأبيد؛ لأن المنقول لا يتحقق فيه التأبيد لعدم بقائه.

م: (**وجه الاستحسان** الآثار المشهورة فيه) ش: أي في جواز حبس الكراع والسلام. م: (منها) ش: أي من الآثار. م: (قوله - عليه السلام -) ش: أي قول النبي - صلى الله عليه وسلم -.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧/٤١١

م: (وأما خالد - رضي الله عنه - فقد حبس أدرعا وأفراسا له في سبيل الله تعالى) ش: هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «بعث ال نبي - صلى الله عليه وسلم - عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على الصدقة فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد، والعباس، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرا فأغناه الله، وأما خالد، فإنكم تظلمون خالدا، فقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله ... » الحديث.

قوله: أعتده: جمع قلة عتاد بكسر العين، وتخفيف التاء المثناة من فوق وهو ما أعده الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده، وقال الدارقطني: قال أحمد بن حنبل: قال علي بن حفص: [من قال] : وأعتاد أخطأ فيه وصحفه، وإنما هو أعتده، والأدراع جمع درع وهي الزروية.." [١]

"أو قد بدا جاز البيع؛ لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعا به في الحال أو في المآل، وقد قيل: لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح. وعلى المشتري قطعها في الحال تفريعا لملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع. وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد

ـــــــQأحدها: أن يبيعها قبل صيرورتها منتفعا بها، فإن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب فقال شيخ الإسلام: لا يجوز، وذكر القدوري في شرحه والإسبيجابي: أنه يجوز وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح.

والثاني: ما إذا باعه بعدما صار منتفعا به إلا أنه لم يتناه عظمه فالبيع جائز، ... فالبيع فاسد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين.

والثالث: إذا باعه بعدما تناهى عظمه فالبيع جائز عند الكل إذا باعه مطلقا أو بشرط القطع، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس، وهو قولهما ويجوز في **الاستحسان**، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد على ما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

وقال القدوري: ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها م: (أو قد بدا جاز البيع) ش: وقد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح والأول أظهر م: (لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال أو في المآل) ش: وفي بعض النسخ، أو في الثاني أو ثاني الحال، كبيع الحجر، ومولود ولد من ساعته، ومهر صغير.

وفي " قاضي خان " لم يجوز عامة مشايخنا بيع الثمار قبل أن تصير منتفعة؛ لنهيه - عليه الصلاة والسلام - عن بيعها قبل بدو الصلاح، والمراد بالصلاح الانتفاع وقد قال الفضلي: يجوز بيعها قبل الظهور والنهي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٣٨/٧

محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع في الزمان الثاني.

م: (وقد قيل: لا يجوز) ش: وهو قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده م: (قبل أن يبدو صلاحها، والأول) ش: أي جواز البيع في الحالين م: (أصح) ش: كما قاله الإمام الفضلي واختاره المصنف م: (وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا) ش: إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون م: (إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) ش: أي إذا اشتراها بشرط أن يقطعه م: (وإن شرط تركها) ش: بأن قال: اشتريت على أني أتركه م: (على النخيل فسد البيع؛ لأنه) ش: أي؛ لأن شرط الترك م: (شرط لا يقتضيه العقد) ش: لأن مطلق البيع يقتضي." (١)

"وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى، ووجه **الاستحسان** ما بينا.

ـــــــــــــــ (وكذا محمد) ش: أي وكذا مر محمد على أصله م: (في تجويز الزيادة) ش: في الأصل والملحق به؛ لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه.

م: (وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر) ش: أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله: إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالأثر، أي بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - نقله الفقيه أبو الليث في " شرح الجامع الصغير " عن محمد بن الحسن، عن عبد الله بن المبارك، عن ابن جريج، عن سليمان مولى ابن البرصاء، قال: متى بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، فأجاز ابن عمر هذا البيع، ولم يرد عن أحد من نظرائه خلافه.

م: (وفي هذا بالقياس) ش: أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس، يعني النص مقيد بالثلاث في خيار النقد. وما ورد النص في خيار النقد في الزيادة، وقال الأترازي: أبو يوسف مر على أصله أيضا على قوله المرجوع إليه، ولكنه فرق، وهو بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول، حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار. ولم يجوز هاهنا؛ لأنه اتبع أثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه، ولم يتجاوز حد الأثر، وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس؛ لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلا كما قال زفر: لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة، وهي إقالة معلقة بالشرط، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فبشرط الإقالة الفاسدة أولى.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٨/٨

م: (وفي هذه المسألة) ش: المذكورة م: (قياس آخر، وإليه (ش: أي وإلى هذا القياس م: (مال زفر وهو) ش: أي هذا القياس م: (أنه بيع شرط فيه) ش: أي في البيع م: (إقالة فاسدة لتعلقها) ش: أي لتعلق الإقالة م: (بالشرط) ش: وهو عدم النقد م: (واشتراط الصحيح منها) ش: أي من الإقالة بأن قال: بعتك هذا بشرط أن يقبل البيع م: (فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد) ش: وهو تعليق البيع بالإقالة المعلقة م: (أولى) ش: بأن يفسد البيع.

م: (ووجه الاستحسان ما بينا) ش: يعني أن هذا البيع لا يجوز إلى ثلاثة أيام أيضا قياسا، كما قال زفر ولكنا جوزناه استحسانا، ووجهه ما بينا، وهو أن الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد، كذا قاله الأترازي.

وقال الأكمل: وجه الاستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة، إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد؛ تحرزا عن المماطلة في الفسخ، وإذا كان في معناه كان ملحقا به، ورد بأنا لا نسلم أنه في معناه؛ لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد، وهاهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل.." (١)

"ومنها: لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده؛ لأن الرد امتناع عن التملك، والمأذون له يليه، وعندهما بطل خياره؛ لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله. ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار، ثم أسلم بطل الخيار عندهما؛ لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم

ــــــــبالإجماع؛ لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعا ملك نفسه كذا في " شرح الطحاوي ".

م: (ومنها) ش: أي من الأخوات م: (لو كان المشترى عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - بيانه: عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم إن البائع أبرأه عن الثمن، فالقياس أن لا يصح إبراؤه؛ لأنه لا يملك الثمن.

وفي " الاستحسان ": صح إبراؤه؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد، فإذا صح إبراؤه ففي قول أبي حنيفة - رحمه الله -: خياره على حاله إن شاء اختار السلعة، وتكون له بغير ثمن وإن شاء فسخ

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/٥٤

وعاد إلى البائع بغير ثمن، وعندهما بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد؛ لأن مذهبهما أنه ملكها، وفي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو ليس من أهل ذلك، وعند أبي حنيفة – رحمه الله – لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك.

م: (لأن) ش: لما ملك م: (الرد) ش: يكون له في الفسخ والرد م: (امتناع عن التملك والمأذون له يليه) ش: أي الامتناع أي له ولاية الامتناع م: (وعندهما بطل خياره؛ لأنه لما ملكه) ش: أي لما ملك البيع م: (كان الرد منه تمليكا بغير عوض) ش: أي بغير ثمن فيكون متبرعا م: (وهو) ش: أي المأذون له م: (ليس من أهله) ش: أي من أهل التمليك، فإذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة، وعند الشافعي – رضي الله عنه – وإن كان الملك للبائع فكما قاله، وإن كان للمشتري فكما قالا.

م: (ومنها) ش: أي ومن الأخوات م: (إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا) ش: أو خنزيرا م: (على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما) ش: أي ثم أسلم المشتري بطل الخيار عند أبي يوسف ومحمد –رحمهما الله–: م: (لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم، وعنده يبطل البيع؛ لأنه لم يملكها) ش: لأن المسلم لا يملك تمليك الخمر م: (فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم) ش: أي والحال أنه مسلم، وذكر خيار المشتري وإسلامه؛ لأنه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البائع يبطل البيع بالإجماع.

وذكر الإمام التمرتاشي: مسائل على هذا الأصل منها: إذا اشترى مسلم عصيرا بالخيار." (١)

"قال ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع، وهو قول زفر والشافعي. وجه **الاستحسان** أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع، فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربع إلا أن الحاجة

ــــــم: (قال) ش: محمد في " الجامع الصغير ": م: (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة) ش: أي الأثواب الثلاثة م: (فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي. وجه **الاستحسان** أن شرع

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦٣/٨

الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق) ش: أي بالنظر إلى الثمن م: (والأوفق) ش: أي بحاله.
م: (والحاجة إلى هذا النوع من البيع) ش: أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم م: (متحققة؛ لأنه) ش: ربما م: (يحتاج إلى اختيار من يثق به) ش: لخبرته م: (أو اختيار من يشتريه لأجله) ش: كامرأته وبنته م: (ولا يمكنه البائع) ش: بتشديد الكاف م: (من الحمل إليه) ش: أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله م: (إلا بالبيع فكان) ش: باعتبار الحاجة م: (في معنى ما ورد به الشرع) ش: وهو شرط الخيار ثلاثة أيام م: (غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث) ش: أي بالثياب الثلاث م: (لوجود الجيد والوسط والرديء فيها) ش: أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد والوسط والرديء فيها أي في الثياب.
م: (والجهالة لا تفضي إلى المنازعة) ش: هذا جواب عما قال الإمام الشافعي - رحمه الله - وزفر - رحمه الله -، ومن الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة م: (في الثلاث) ش: أي في الثياب الثلاث م: (لتعيين من له الخيار) ش: لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع، فكان علة جوازه من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة.
فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة إنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء.
م: (وكذا في الأربع) ش: أي في الثياب الأربع لا يفضي إلى المنازعة م: (إلا أن الحاجة." (١)
"وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه.
قال: ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع؛ لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل. وفي الاستحسان يرجع؛ لأن العتق إنهاء الملك؛ لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتا إلى الإعتاق
ـــــــQقابضا عنه، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان؛ لأنه صار حابسا للمبيع.
م: (وفي الثاني) ش: وهو صورة كون الولد كبيرا م: (بعدها) ش: أي بعد الخياطة م: (بالتسليم إليه) ش: أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان؛ لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلما إليه؛ لأن الأب لا يصير

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧٤/٨

قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رد الشرع لا باله بة والتسليم فصار وجوه الهبة والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان؛ لأنه لم يكن حابسا للمبيع.

قال شيخي - رحمه الله -: ذكر الخياطة وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء؛ لأن حق الرد المتبع بوجود القطع قبل الخياطة.

[اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب]

م: (قال: ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) ش: هذه مسألة القدوري - رحمه الله - و" الجامع الصغير " أيضا م: (أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي) ش: أي امتناع الرد يثبت حكما للموت م: (لا بفعله) ش: أي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل م: (وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع؛ لأن الامتناع بفعله) ش: أي امتناع الرد بفعل المشتري م: (فصار كالقتل) ش: فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع، وبالقياس قال زفر - رحمه الله - .

وفي " الكافي " وهو قول الشافعي - رضي الله عنه -، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع وبه قال أحمد - رحمه الله - كما قلنا في **الاستحسان**، فإن قيل يشكل على هذا إذا صبغه أحمر حيث يرجع بالنقصان، ولا شك أن الصبغ بفعله: أجيب: نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في البيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع، وقال الأكمل - رحمه الله - ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول الامتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصنع بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله.

م: (وفي **الاستحسان** يرجع؛ لأن العتق إنهاء الملك) ش: أي إتمامه م: (لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك، وإنما يثبت الملك منه مؤقتا إلى الإعتاق) ش: أي إلى وقت الإعتاق، والمؤقت." (١)

"قال: فإن قتل المشتري العبد، أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء، عند أبي حنيفة. أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع؛ لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي، فصار كالموت حتف أنفه، فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا، وإنما يسقط الضمان هاهنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا، بخلاف الإعتاق؛ لأنه لا يوجب الضمان لا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١٣/٨

محالة، كإعتاق المعسر عبدا مشتركا، وأما الأكل فعلى الخلاف، عندهما يرجع، وعنده لا يرجع استحسانا، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما

ـــــــوبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في وجه لتحقق العجز في الحال.

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (فإن قتل المشتري العبد أو كان) ش: أي الذي اشتراه كان م: (طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة، أما القتل فالمذكور) ش: أي في القدوري - رحمه الله - م: (ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع) ش: ورأي محمد - رحمه الله - معه في رواية التتابع، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله - م: (لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به) ش: أي لا يتعلق بقتل م: (حكم دنياوي) ش: من القصاص والدية م: (فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء) ش: للملك؛ لأن المقتول ميت بأجله كذا في " المبسوط ".

م: (ووجه الظاهر) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (أن القتل لا يوجد إلا مضمونا) ش: لقوله - عليه الصلاة والسلام - «ليس في الإسلام دم مفرح» أي مبطل وهو بالحاء المهملة، وقال ابن الأثير: ويروى بالجيم، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونا.

م: (وإنما يسقط الضمان هاهنا) ش: أي قتل المولى عبده م: (باعتبار الملك فيصير) ش: أي المولى م: (كالمستفيد به) ش: أي ملك العبد م: (عوضا) ش: وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضا بإزالة ملكه بالقتل كما لو باع وأخذ الثمن م: (بخلاف الإعتاق؛ لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا) ش: لا ضمان عليه، فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان.

م: (وأما الأكل فعلى الخلاف، عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (يرجع) ش: بنقصان العيب م: (وعنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - م: (لا يرجع استحسانا) ش: أي من حيث **الاستحسان** م: (وعلى هذا الخلاف) ش: المذكور م: إذا لبس الثوب) ش: الذي اشتراه م: حتى تخرق) ش: وتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لأبي يوسف ومحمد والشافعي - رضي الله عنهم -.

وفي " الخلاصة " و" الفتوى " على قولهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في " شرح الطحاوي " م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -." (١)

"لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا،

ـــــــــــــــتثبت بمطلق العقد م: (لثبوته بدون الشرط) ش: أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد إلا تأكيدا م: (وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه) ش: أي والحال أن فيه م: (منفعة لأحد المتعاقدين) ش: بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوبا على أن يخيطه أو باع عبدا على أن يخدمه البائع شهرا مثلا ولو شرطا لا يقتضيه العقد، ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل، والخيار رخصة وتيسيرا فإنه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس أن يفسد، ولكن أخذنا **بالاستحسان** للحديث الوارد في باب الخيار ولو شرط شرطا أن يعطي لا يقتضيه العقد ولا ورد الشرع به لكنه يلائم العقد ويوافقه نحو أن يشتري، بشرط البائع كفيلا بالثمن أو رهنا بالثمن ولم يعين الكفيل ولا أشار إلى أحد فالبيع فاسد.

وكذلك إذا لم يسم الرهن ولا أشار إليه وإذا عينها بالإشارة أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيع أيضا. وبه أخذ زفر - رحمه الله - وفي " **الاستحسان** ": يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله، وإذا كان غائبا لا يجوز وإحضار الرهن في المجلس ليس بشرط.

وما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن، فإن امتنع عن التسليم لا يجبر عليه، وعند زفر - رحمه الله - يجبر لكن عندنا يقال المشتري: إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع. فإن لم يقبل المشتري شيئا من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع لأنه فات غرضه، ثم إنه قال: وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر لأحدهما بأن باع ثوبا أو حيوانا سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه، ذكر في المزارعة الكبيرة أنه لا يفسد بهذا الشرط. روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يفسد والأول هو الصحيح م: (أو للمعقود عليه) ش: أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه.

م: (وهو) ش: أي المعقود عليه م: (من أهل الاستحقاق) ش: أي من أهل أن يستحق حقا على الغير وهو

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/١١٥

الآدمي، وقال بعض الشراح: من أهل الاستحقاق أي من أهل الخصومة وليس هذا إلا الآدمي م: (يفسده) ش: جواب قوله: وكل شرط لا يقتضيه العقد، أي يفسد العقد م: (كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع؛ لأن فيه) ش: أي في هذا الشرط م: (زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا) ش: لأن الربا عبارة عن فضل حال عن المعوض.." (١)

"على ما مر. ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد. قال ما ذكره. جواب القياس ووجهه ما بينا، وفي **الاستحسان** يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب، وللتعامل جوزنا الاستصناع.

ــــــــQ (على ما مر) ش: أشار به إلى قوله ولأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلى آخره.

م: (ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع) ش: النعل الصرم تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه قال الجوهري: الصرم الجلد فارسي معرب، ومعنى يحذوها يجعلها مساويا للآخر م: (أو يشركه) ش: من التشريك وهو وضع الشراك وفي الصحاح: شركت نعلي جعلت له شراكا والتشريك عليه، والشراك هو أحد سيور النعل التي تكون على وجهها م: (فالبيع فاسد) ش: وهو القياس فلذلك قال المصنف بقوله م: (قال) ش: أي المصنف بقوله م: (ما ذكره) ش: أي ما ذكره القدوري - رحمه الله - من قوله فالبيع فاسد.

م: (جواب القيـاس ووجهه) ش: أي وجه القياس م: (ما بينا) ش: أراد به قوله: لأنه شرط لا يقتضيه العقد إلى آخره، وبالقياس قال زفر والشافعي - رحمه الله - في الأصح م: (وفي **الاستحسان** يجوز للتعامل فيه فصار) ش: أي فصار جواز شراك النعل بشرط حذو البائع وتشريكه.

م: (كصبغ الثوب) ش: أي كجواز صبغ الثوب، يعني لو استأجر صباغا ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ والإجارة، بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن، وكذا ترك القياس في استئجار الحمام والظئر لأن فيهما استهلاك الماء واللبن م: (وللتعامل جوزنا الاستصناع) ش: مع أن القياس يأباه لأنه بيع العدوم.

ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي ما لو اشترى صرما أي جلدا على أن يجوز البائع له خفا، أو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده، جاز البيع بهذا الشرط للتعـادل.

وفي " المبسوط " اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في قول وقال: في الأصح يصح وهو رواية الحسن - رحمه الله -.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٨١/٨

وقال بعض أصحابه: القولان في غير الآدمي، أما في الجواري يصح قولا واحدا، وذكر هشام – رحمه الله – عن محمد – رحمه الله – اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظورة فحينئذ يفسد.." (١)

"ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه، وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا له لا مثمنا، ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة، كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا، وهو الصحيح

ـــــــــاسترداد المبيع من يد المشتري رفعا للفساد واجتنابا عن المعصية، فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد، لأن الدفع أسهل من الرفع.

م: (ولأن السبب قد ضعف) ش: دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض، يعني أن السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف م: (لمكان اقترانه بالقبيح) ش: وهو النهي عنه فلأجل هذا لم يفد الملك م: (فيشترط اعتضاده) ش: أي تقويته م: (بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة) ش: في احتياجها إلى ما بعضه العقد من القبض.

م: (والميتة ليست بمال) ش: جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة، تقريره أن الميتة ليست بمال، وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله م: (فانعدم الركن) ش: فلا ينعقد العقد فالقياس فاسد م: (ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه) ش: هذا جواب لقوله: أو باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد، وأراد به ما ذكره ثمة لقوله وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره.

م: (وشيء آخر) ش: أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك م: (وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة) ش: لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها م: (وهي) ش: أي الخمر م: (تصلح ثمنا لا مثمنا) ش: أي مبيعا، فلو قلنا بانعقاد المبيع في هذه الصورة جعلنا القيمة مثمنا، إذ كل عين في مقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن لتعينها للثمنية خلقة وشرعا، وما عهد في صورة من صور البياعات أن تكون القيمة مثمنا، لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع.

م: (ثم شرط) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (أن يكون القبض بإذن البائع) ش: حيث قال: وإذا قبض

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٨٩/٨

المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع م: (وهو الظاهر) ش: أي ظاهر الرواية م: (إلا أنه يكتفى به) ش: أي بالإذن.

م: (دلالة) ش: أي من حيث الدلالة م: (كما إذا قبضه) ش: أي المشتري م: (في مجلس العقد استحسانا) ش: أي يصح من حيث **الاستحسان** م: (وهو الصحيح) ش: أي **الاستحسان** هو الصحيح، واحترز به عما ذكره صاحب " الإيضاح " وسماه الرواية المشهورة.." (١)

"لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا،

وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح، والبيع مع نفي الثمن، وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض، فشابه الغصب، وهذا لأن المثل صورة، ومعنى أعدل من المثل.

ـــــــفقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما يقبض، وأشار إلى وجه الصحيح بقوله:

م: (لأن البيع تسليط منه) ش: أي من البائع م: (على القبض فإذا قبضه بحضرته) ش: أي بحضرة البائع م: (قبل الافتراق ولم ينهه) ش: أي البائع لم ينه المشتري عن القبض م: (كان) ش: أي القبض م: (بحكم التسليط السابق) ش: فيكتفى به م: (وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا) ش: يعني يكتفى بسكوت الواهب وعدم نهيه الموهوب له عن القبض استحسانا أي من حيث **الاستحسان**.

م: (وشرط) ش: أي القدوري - رحمه الله - وفي بعض النسخ: ويشترط م: (أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه) ش: أي على قول القدوري م: (البيع بالميتة والدم والحر والريح) ش: بأن قال: بعت هذا الشيء بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب، وذلك المكان ملك المشتري، وفي " الذخيرة ": صورته بأن يكون لإنسان ظرف منقوح فاشترى بذلك الريح الذي في ذلك الظرف ويجعلها في ظرف احترز له م: (والبيع مع نفي الثمن) ش: أي في رواية لأنه إذا نفاه فقد الركن عن العقد فلم يكن بيعا، وفي رواية: ينعقد بيعا لأن نفيه لا يصح، إذ البيع مشتمل على العوضين وما يشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/٢٠٠

وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، فلو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا ويثبت الملك بالقبض لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة، فإذا سكت كان عوضه قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع.
م: (وقوله) ش: أي قول القدوري - رحمه الله - م: (لزمته قيمته في ذوات القيم) ش: كالحيوانات والعدديات المتفاوتة م: (فأما في ذوات الأمثال) ش: كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة م: (يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض) ش: واحترز به عن البيع الصحيح، وقالوا جميعا: فالمرجوع في قيمته أو المثل، أي قول المشتري لأنه هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله واليمين للبائع، كذا في " شرح مختصر الكرخي " م: (فشابه الغصب) ش: والحكم في الغصب كذلك م: (وهذا) ش: أي وجوب المثل في ذوات الأمثال م: (لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل." (١)

"وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض؛ لأن العددي المتقارب معلوم، مضبوط الوصف، مقدور التسليم، فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا، وتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية،
ـــــــQالمذروعات والعدديات الثابت بها مساويا لما ثبت بالنص أو أقوى. وفي " الإيضاح " جواز السلم في الثياب بطريق **الاستحسان**؛ لأنها مصنوع العبد، والعبد يصنع بالآلة، فإذا اتخذ الآلة والصانع يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت، وذا يحتمل في المعاملات دون الاستهلاكات، ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملا، ولو استهلك شيئا يسيرا يجب عليه ضمانه.
م: (وكذا) ش: أي وكذا يجوز السلم م: (في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض؛ لأن العددي المتقارب) ش: وهو ما لا يتفاوت آحادها بالقيمة ويضمن بالمثل م: (معلوم مضبوط الوصف، مقدور التسليم، فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت) ش: فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره وكبيره، فإنك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين، وإنما تفاوت إذا عد في المالية وذلك التفاوت يفوت بذكر النوع، ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عددا، وبه قال الشافعي، وفي " شرح الطحاوي " صغير البيض وكبيره سواء بعد إن كان من جنس واحد.
وقال الشافعي: يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوت وزنا وهل يجوز كيلا له، فيه وجهان. وقال في الجوز واللوز: يجوز وزنا ولا يجوز كيلا، وقال الأوزاعي: في العدديات المتفاوت وبه مثل مذهبنا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٠١/٨

واسمه عبد الرحمن بن عمرو. وفي " وجيز الشافعية " ولا يكفي العد في المعدودات، بل لا بد من ذكر الموزون.

م: (بخلاف البطيخ والرمان؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا) ش: فإنك ترى بطيخا بدرهم وبطيخا بدرهمين، وبين الضابط في معرفة العددي المتفاوت عن المتفاوت بقوله م: (وتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت) ش: أي بتفاوت آحاد العددي في المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن أبي يوسف.

وأيد ذلك بقوله م: (وعن أبي حنيفة أنه) ش: أي أن السلم م: (لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية) ش: وقال الأترازي: وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبي يوسف ما." (١)

"ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه؛ لأنه تصرف فيه، فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا، حتى يقبضه كله؛ لقوله - عليه السلام -: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي عند الفسخ،

ـــــــQغيره.

م: (ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) ش: قبل قبضه م: (لأنه) ش: أي لأن كل واحد من الشركة والتولية م: (تصرف فيه) ش: أي في المسلم فيه والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز، وهذا أيضا من لفظ القدوري، وإنما خصهما بالذكر بعدما عمهما بقوله: ولا يجوز التصرف.... إلى آخره؛ لأنهما أكثر وقوعا من المرابحة والمواضعة، وقيل: احترازا عن قول البعض إنه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم، وحكي ذلك عن مالك.

م: (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا، حتى يقبضه كله) ش: هذه من مسائل " الجامع الصغير "، وصورة المسألة فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم، فأراد رب السلم أن يشتري برأس المال شيئا قبل أن يقبضه، قال: ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه.

قوله: لم يكن له أن يشتري، وفي " الإيضاح ": هذا الاستحسان، والقياس لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٣٢/٨

لأنهما لما تقايلا بطل السلم، وبقي رأس المال دينا في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون؛ لأنه لا يجب قبضه في المجلس، ودليلنا قول المصنف - رحمه الله - م: (لقوله - عليه السلام -) ش: أي لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: م: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» ش: لم أر أحدا من الشراح بين حال هذا الحديث، غير أن الأترازي قال: واحتج أصحابنا بما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ورواه الترمذي في علله الكبير، وقال: لا أعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن.." (١)

"وفي القياس لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة، والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما، والمعقود عليه العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد

ـــــــــQـــــــــ م: (وفي القياس: لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم) ش: وبه قال زفر والشافعي، وقد «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع ما ليس عند الإنسان» ورخص في السلم وهذا ليس بمسلم؛ لأنه لم يضرب له أجلا، أشار إليه بقوله: بغير أجل، وجه **الاستحسان** هو ما ذكره بقوله: للإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام.

ولا يشكل بالمذارعة، فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأن الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الأول دون الاستصناع.

م: (والصحيح أنه) ش: أشار به إلى أنهم اختلفوا في جواز الاستصناع هل بيع أو عدة؟ فقال: والصحيح أن الاستصناع م: (يجوز بيعا) ش: أي من حيث البيع م: (لا عدة) ش: أي لا من حيث الوعد. وقال فخر الإسلام في شرط " الجامع الصغير ": هو بيع عند عامة مشايخنا، لا مواعدة؛ لأنه سماه في الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في الوعد م: (والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما) ش: هذا جواب عما يقال: كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا، وتقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر حكما، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان. والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس، وقد يكون الشيء موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش، حتى يجوز التيمم مع وجوده.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٥٧/٨

م: (والمعقود عليه العين) ش: هذا جواب عما يقال: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع. فأجاب: بأن المعقود عليه هو العين لأن المقصود هو المستصنع م: (دون العمل) ش: وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي، فإنه يقول: المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسميته للمعقود به دليل على أنه هو المعقود عليه، والأديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل، ولكن الأصح أن المعقود عليه هو العين، لأن المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف، والدليل عليه أن محمدا أثبت خيار الرؤية فيه، وهو إنما يكون في بيع العين، وكذا يدل عليه قول المصنف بقوله م: (حتى لو جاء به مفروغا عنه) ش: أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغا م: (لا من صنعته أو من صنعته) ش: أي أو جاء به حال كونه من صنعته م: (قبل العقد) ش: أي قبل عقد الاستصناع." (١)

"ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم، وإنما قال: بغير أجل؛ لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة – رحمه الله – خلافا لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق.

ـــــــأجيب: يجوز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول، فلما علم اختياره عدم رضاه.

فإن قيل: ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الإسلام.

أجيب: بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام على أقوال جميع المجتهدين وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد المجتهدين.

قال الأكمل: وفيه نظر، لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ، فإن سكت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها، لأن الجهل ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها.

م: (ولا يجوز) ش: أي الاستصناع م: فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب) ش: وفي " الكافي ": كالجباب والثياب، وصورته أن يدفع إلى حائك دينارا ليحيك له ثوبا من غزل نفسه، إبقاء له على القياس السالم عن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٧٤/٨

معارضة **الاستحسان** بالإجماع م: (لعدم المجوز) ش: بكسر الواو من التجويز والمجوز هو التعامل م: (وفيما فيه تعامل) ش: مثل الذي ذكرناه م: (إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم) ش: أي تسليم المستصنع م: (وإنما قال) ش: أي محمد في أول المسألة م: (بغير أجل) ش: في قوله: وإن استصنع في شيء من ذلك بغير أجل م: (لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: فلا يجوز إلا بشرائط السلم في تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية، وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد -رحمهما الله- لأنهم لا يجوزون الاستصناع م: (خلافا لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد فإنه عندهما استصناع.

م: (ولو ضربه) ش: أي الأجل م: (فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق) ش: المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال على أنه قال: على أن تفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما؛ لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم، ويحكى عن الهندواني: أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال، ولا يصير به سلما، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وقيل: إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم، لأن ذلك يختلف." (١)

"زوجها فوطئها الزوج، فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية، وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر، وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله. وإن لم يطأها فليس بقبض. والقياس أن يصير قابضا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي. **وجه الاستحسان**: أن في الحقيقي استيلاء على المحل، وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي

ـــــــQزوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية) ش: أي ولاية التزويج م: (وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر) ش: قيد بالكمال، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج.

فإن قيل: ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضا، فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك، فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض، وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي وأحمد، ويجوز التزويج والعتق.

قلنا: لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه، ٤ولا يثبت حكم البيع فيه، ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض، بخلاف النكاح، وشرط البيع أن يكون مقدور التسليم، بخلاف

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٧٦/٨

النكاح فإنه ليس بشرط فيه، ولهذا لا يجوز بيع الآبقة ويجوز إنكاحها.

وذكر الشهيد في " الفتاوى الكبرى ": جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع، وإن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف، خلافا لمحمد، والمختار قول أبي يوسف، وذكر الإمام قاضي خان والزدمكري: لو ماتت الجارية قيل لا يبطل النكاح وإن بطل البيع، ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري.

م: (وهذا) ش: أي وطء الزوج م: (قبض) ش: وعند الشافعي وأحمد، ومالك - رحمهم الله - لا يصير قبضا م: (لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته) ش: أي من جهة المشتري م: (فصار فعله كفعله) ش: أي فعل الزوج كفعل المشتري م: (وإن لم يطأها) ش: أي الزوج م: (فليس بقبض، والقياس أن يصير قابضا) ش: أي فيصير المشتري قابضا بمجرد النكاح م: (لأنه) ش: أي لأن التزويج م: (تعييب حكمي، فيعتبر بالتعييب الحقيقي) ش: حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين.

م: (وجه **الاستحسان** أن في الحقيقي) ش: أي في التعييب الحقيقي م: (استيلاء على المحل) ش: باتصال فعل منه إليه م: (وبه يصير قابضا) ش: أي بالتعييب الحقيقي يصير قابضا م: (ولا كذلك الحكمي) ش: أي التعييب الحكمي، فلا يصير قابضا.

فإن قيل: يشكل هذا بالإعتاق والتدبير فإنهما إبقاء بالاستيلاء على المحل بالفعل الحسي، ومع أنه يصير قابضا بهما بإجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه، لأن الإعتاق إنهاء للملك." (١)

"الأجل؛ لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا، وبالثاني يفوت القبض المستحق، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره، وفيه خلاف زفر. قال: ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد؛ لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر - رحمه الله -؛ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع؛ لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين،

ـــــــالأجل) ش: أي ولا يصح الأجل فيه أيضا م: (لأن بأحدهما) ش: وهو شرط الخيار م: (لا يبقى القبض مستحقا) ش: لأن الخيار يمنع الملك م: (وبالثاني) ش: أي الأجل م: (يفوت القبض المستحق) ش: بالعقد م: (إلا إذا أسقط الخيار في المجلس) ش: يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٨٦/٨

م: (فيعود إلى الجواز) ش: أي جواز العقد م: (لارتفاعه قبل تقرره، وفيه خلاف زفر) ش: أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره، وهذا عن أصحابنا الثلاثة **بالاستحسان** والقياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر.

[التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه]

م: (قال: ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) ش: هذا لفظ القدوري. قال الأترازي: اعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أو وهبه أو تصدق به عليه وقبل الآخر بطل الدين وانتقض الصرف، وإن لم يقبل من عليه لم يبطل م: (حتى لو باع دينارا) ش: إيضاح لما قبله، يعني ولو باع شخص دينارا لرجل آخر م: (بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة، حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد، لأن القبض مستحق) ش: أي واجب م: (بالعقد حقا لله تعالى) ش: حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقدين م: (وفي تجويزه) ش: أي وفي تجويز بيع الثوب م: (فواته) ش: أي فوات حق الله عز وجل.

فإن قيل: في عدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقه تعالى.

قلنا: إنما يكون حق العبد مقدما بعدما ثبت حقه، وهاهنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدما؟

م: (وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر - رحمه الله -؛ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها) ش: أي مطلق الدراهم، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل عقد الصرف سواء، وإنما قال: عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب أصحابنا الثلاثة م: (ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع؛ لأن البيع لا بد له منه) ش: أي من المبيع م: (ولا شيء سوى الثمنين) ش: فجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية يعني أن عقد الصرف بيع لأنه مبادلة مال بمال، وهذا لو." (١)

"وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا، إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا، ومن كان له على آخر عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز، ومعنى المسألة: إذا باع بعشرة مطلقة. ووجهه: أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا، والدين ليس بهذه الصفة، فلا يقع بالمقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة، فإذا تقاصا تضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين،

ـــــــوالزيادة بإزاء الفلوس.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٩٨/٨

م: (وإن لم يكن له قيمة) ش: أي وإن لم يكن للشيء الآخر قيمة م: (كالتراب) ش: ونحوه م: (لا يجوز البيع لتحقق الربا، إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا. ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ش: هذه من مسائل الجامع الصغير، وهذه المسألة على وجهين: أما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه، أو باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصا بالعشرة. فالأول: جائز بلا خلاف، والثاني: جائز استحسانا، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وأحمد، - رحمهم الله -.

م: (ومعنى المسألة) ش: هذا من كلام المصنف - رحمه الله - أي: معنى المسألة المذكورة م: (إذا باع بعشرة مطلقة) ش: يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه، لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف، وفي المطلقة يجوز عندنا استحسانا، وعند زفر - رحمه الله - لا يجوز قياسا، وجه القياس: أن هذا استبدال ببدل الصرف، فلا يجوز، كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا أو دينارا، أشار إلى وجه **الاستحسان** بقوله م: (ووجه) ش: أي وجه الجواز الذي هو استحسان م: (أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض) ش: لأن العقد لما أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا م: (لما ذكرنا، والدين ليس بهذه الصفة) ش: إشارة إلى قوله: ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق م: (فلا يقع بالمقاصة بنفس البيع) ش: لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك، فلم يكن قصاصا م: (لعدم المجانسة) ش: من العين والدين.

م: (فإذا تقاصا) ش: يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه م: (تضمن ذلك فسخ الأول) ش: أي الصرف الأول وهو الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة م: (والإضافة) ش: أي وتضمن ذلك أيضا إضافة العقد م: (إلى الدين) ش: وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين، فصار كأنه قال: اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول ثم جددا العقد مضافا إلى ذلك الدين لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا، ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا، وإن كان في." (١)

"وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة، وعن أبي يوسف -

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٠٧/٨

رحمه الله – أنه يقبل في العبد دون الأمة؛ لغلبة الإباق فيه دونها.

ــــــــo لإحياء حقوق الناس، فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط **الاستحسان**.

م: (وقوله) ش: أي وقول القدوري – رحمه الله – م: (في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح) ش: بأن ادعى رجلا نكاحا على امرأة، أو بالعكس، وكذلك الطلاق، إذا ادعت امرأة على زوجها م: (والنسب) ش: بأن ادعى نسبا من الميت م: (والمغصوب) ش: بأن ادعى غصبا على رجل م: (والأمانة المجحودة) ش: الوديعة التي جحدها المودع م: (والمضاربة المجحودة) ش: التي جحدها المضارب، وإنما قيد بالجحد فيهما؛ لأن المودع والمضارب لو كانا مقرين، فلا حاجة إلى كتاب القاضي. م: (لأن ذلك كله) ش: أي لأن المذكور من هذه الأشياء كله م: (بمنزلة الدين) ش: والدين يجوز فيه الكتاب، فكذا يجوز فيما كان بمنزلته.

م: (وهو) ش: أي الدين م: (يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة) ش: فإن قيل: لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين، فإن الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة عند دعوى النكاح من الجانبين، وكذلك في الأمانة والمغصوب.

قلنا: لا بل النكاح ونظائره المذكورة، لا يحتاج إلى الإشارة؛ لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة، وكذلك نظائره؛ لأنها من الأفعال، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة، والمدعى هو العقد م: (ويقبل في العقار أيضا) ش: أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضا م: (لأن التعريف فيه) ش: أي في العقار م: (بالتحديد) ش: أي ببيان حدوده الأربعة.

م: (ولا يقبل) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي م: (في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة) ش: عند الدعوى والشهادة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله – في العبيد والجوار، وهو القياس المنصوص عن الشافعي – رحمه الله –: أنه لا يجوز في المنقول، وهو أصح الروايتين عنه.

م: (وعن أبي يوسف – رحمه الله –: أنه) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (يقبل في العبد دون الأمة؛ لغلبة الإباق فيه دونها) ش: أي في العبد دون الأمة، لأن العبد يخدم خارج البيت، فيقدر على الإباق غالبا فتمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمة، فإنها تخدم في البيت." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٣٧

"وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر - رحمه الله - لعموم اسم المال كما في الوصية. وجه **الاستحسان** أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال.

ــــــــQنذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه، ولا يجب التصدق بالأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقين وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك.

م: (وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء، والقياس) ش: في الأول أيضا م: (أن يلزمه التصدق بالكل، وبه) ش: أي بالقياس م: (قال زفر - رحمه الله -) ش: وهو قول الشافعي - رحمه الله -، وهو قول النخعي والليثي - رحمهما الله -، واستدل زفر - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - بقوله - صلى الله عليه وسلم -: «مِن نذر أن يطيع الله فليطيعه» .

والجواب عنه: أنا نحن نقول به، وقد بينا الفرق بين الوصية والنذر، وقال الزهري ومالك وأحمد - رحمهم الله -: يتصدق بثلث ماله، سواء كان زيوفا أم لا، لما روي «أنه - صلى الله عليه وسلم - قال لأبي لبابة - رضي الله عنه - حين قال: إن من توبتي يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أنخلع من مالي، فقال - صلى الله عليه وسلم -: "يجزئك الثلث» ، والجواب عليه أنه ليس بنذر، وليس هو محل النزاع.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في " شرح الجامع الصغير ": ذكر أبو يوسف [في] " الأمالي " حكاه عن أبي حنيفة - رحمه الله -، وعن نفسه أنه إذا قال: مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة، وإذا قال: ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال، وفي قول مالك - رحمه الله -: يتصدق بثلث ماله. وفي قول الشافعي - رحمه الله -: عليه كفارة اليمين. وروي عن الشعبي - رحمه الله -: أنه لا يجب عليه شيء، إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث - رحمه الله -، وجه القياس في التصدق بالكل، ما قاله زفر - رحمه الله -.

م: (لعموم اسم المال) ش: فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة، وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل م: (كما في الوصية) ش: فإنه إذا أوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل، ولا يختص بما فيه الزكاة م: (وجه **الاستحسان** أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى) ش: فإيجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة، فكذا إيجاب العبد م: (فينصرف إيجابه) ش: أي إيجاب العبد م: (إلى ما أوجب الشارع

فيه الصدقة من المال) ش: ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه، وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة، وهو من جنس الوقوف." (١)

"والمقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال، فلا مخصص في لفظ الملك، فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء؛ لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته، ثم إذا أصاب شيئا تصدق بمثل ما أمسك؛ لأن

ـــــــأملك إلا خمسين درهما، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة، وإن نص على لفظ الملك ذكره في " الجامع "، لأن بقرينة الاستثناء أن المراد من الملك المال، إذ استثناء الدراهم يدل أن المستثنى من جنسه.

كذا ذكره المحبوبي - رحمه الله - م: (والمقيد) ش: بتشديد الياء المكسورة، هذا جواب عما يقال الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية، وتقرير الجواب أن المقيد م: (إيجاب الشرع) ش: أي المقيد بمال الزكاة إيجاب الشرع م: (وهو مختص بلفظ المال) ش: قال الله عز وجل: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ [التوبة: ١٠٣] (التوبة: الآية ١٠٣) .

وقال - صلى الله عليه وسلم -: «هاتوا ربع عشر أموالكم» م: (فلا مخصص في لفظ الملك) ش: إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافا إلى الملك تخصيصا بأموال الزكاة م: (فبقي على العموم) ش: وفيه نظر؛ لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع.

م: (والصحيح أنهما) ش: أي أن لفظ "مالي وما أملك" م: (سواء) ش: فيما نحن فيه، يعني يختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار شمس الأئمة - رحمه الله - ذكره في "مبسوطه" وهو اختيار أبي بكر البلخي - رحمه الله -؛ م: (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) ش: الملتزم بفتح الزاي.

وأراد باللفظين قوله: مالي في المساكين صدقة، وقوله: ما أملك صدقة في المساكين ببيان هذا أن الملتزم بالصدقة، والصدقة إنما تجب على العبد شرعا في المال الفاضل عن الحاجة.

وكذا في إيجاب العبد على نفسه، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة، فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة، هكذا بخط شيخي العلامة - رحمه الله - م: (على ما مر) .

ش: قال الكاكي - رحمه الله -: إشارة إلى ما ذكر من وجه **الاستحسان** بقوله: إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وليس بواضح، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله م: (والمقيد إيجاب الشرع) ش: وهو بلفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله: "ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله".

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٨٧

م: (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته) ش: لأن حاجته هذه مقدمة، إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه، وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه م: (ثم إذا أصاب شيئا) ش: يعني إذا حصل له شيء من الدنيا م: (تصدق بمثل ما أمسك؛ لأن." [1]

"قال: ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القضاء، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك بالعلم ولم يحصل، فصار كالبيع. وجه **الاستحسان** أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، فلم لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام

ـــــــQ

[شهادة الشاهد بشيء لم يعاينه]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب) ش: طريق معرفة النسب أن يسمع من فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة م: (والموت) ش: إذا سمع من الناس أن فلانا مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد م: (والنكاح) ش: إذا رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانا زوجه فلا وسعه أن يشهد أنها زوجته، وإن لم يعاين عقد النكاح.

م: (والدخول) ش: أن يسمع ناسا يقولون: إن فلانا تزوج بفلانة م: (وولاية القاضي) ش: إذا رأى رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس أنه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا، قضى لفلان بكذا، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه م: (فإنه) ش: أي فإن الشاهد م: (يسعه أن يشهد بهذه الأشياء) ش: الخمسة المذكورة، وبه قال أحمد - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - في قول، ومالك - رحمه الله - في رواية: إن كان في غاية الشهرة.

وقال بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله -: لا يجوز في النكاح، وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية م: (إذا أخبره بها) ش: أي إذا أخبر المشاهد بهذه الأشياء م: (من يثق به) .

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨٩/٩

م: (وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز) ش: الشهادة بالتسامع م: (لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك) ش: يحصل م: (بالعلم ولم يحصل، فصار) ش: حكم هذا م: (كالبيع) ش: حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة م: (وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) ش: لا يطلع عليها إلا هم م: (ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) ش: كالإرث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي، وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والإحسان.

م: (فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الجرج وتعطيل الأحكام) ش: لأن العادة لم تجر." [(١)]

"بخلاف البيع؛ لأنه يسمعه كل أحد، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به، كما قال في الكتاب، ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم،

وقيل في الموت: يكتفي بإخباره واحد أو واحدة؛

ـــــــبحضور الناس الولادة، وإنما يرون الصبي مع أمه، وينسبونه إلى الأب، ويقولون: هو ابن فلان، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب، فإذا رأوا الجنازة تحكموا بأن فلانا مات، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد، فإذا أخبر بعضهم بعضا أن فلانا نكح فلانة، يقتصرون على ذلك في التحقيق.

وكذلك لا يعلم إلا بأمارته، وكذلك ولاية القاضي، لا يحضر بها كل أحد، فإذا قرئ الحكم وحبس القاضي في مجلس الحكام، ونظر بين الخصوم وتحققوا أنه قاضي، ألا ترى أنا نشهد أن عليا بن أبي طالب - رضي الله عنه - وإن لم نعاين الولادة، ونشهد أن أبا بكر وسائر الصحابة - رضي الله عنهم - ماتوا وإن لم نعاين الموت، ونشهد أن عائشة - رضي الله عنها - زوجة النبي - صلى الله عليه وسلم - وإن لم نعاين النكاح، وكذا نشهد أنه - عليه السلام - دخل بها وإن لم نعاين الدخول، وكذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضيا وإن لم نعاين ذلك.

م: (بخلاف البيع؛ لأنه يسمعه كل أحد) ش: وسبب الملك وهو البدو هو مما يعاينه كل واحد م: (وإنما يجوز للشاهد) ش: هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب، فإن العلم مشروط في الكتاب، ولا علم فيما نحن فيه، وتقرير الجواب أن يقال لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه، فإنما يجوز للشاهد م: (أن يشهد بالاشتهار، وذلك) ش: أي الاشتهار م: (بالتواتر أو بإخبار من يثق به) ش: فالأول اشتهار

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/١٢٦

حقيقة، والثاني اشتهار حكما م: (كما قال في الكتاب) ش: أي " مختصر القدوري " - رحمه الله - وهذا إشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هذا إذا أخبره بها من يثق به.

وبين المصنف - رحمه الله - أن العدد فيمن يثق به شرط بقوله م: (ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) ش: وهذا على قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله -، وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبتت الشهرة عندهم بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا؛ لأنها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر.

[الشهادة بالتسامع على الموت]

م: (وقيل في الموت: يكتفى بإخبار واحد أو واحدة) ش: إنما قال بلفظ قيل؛ لأن في الموت اختلاف المشايخ - رحمهم الله - عامتهم على أنه يكتفى بإخبار واحد عدل، وهو المروي عن ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - قال: إذا أخبرك عدل بالموت وسعك أن تشهد به، وبعضهم." (١)

"ثم المسألة على وجوه: إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد، وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا؛ لأن النسب يثبت بالتسامع، فيحصل معرفته، وإن لم يعاينها، أو عاين المالك دون الملك لا يحل له، وأما العبد والأمة، فإن كان يعرف أنهما رقيقان، فكذلك؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان، إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك؛ لأنه يفيد علما.

م: (ثم المسألة على وجوه) ش: أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية، الأول: هو قوله م: (إن عاين المالك الملك) ش: جميعا فحينئذ م: (حل له أن يشهد) ش: لأن شهادته عن علم وبصيرة؛ لأنه عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه، وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده، الثاني: هو قوله: م: (وكذا إذا عاين الملك بحدوده) ش: تنسب إلى فلان بن فلان الفلاني، ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه، وهو معنى قوله م: (دون المالك) ش: يجوز أن يشهد م: (استحسانا) ش: والقياس أن لا يجوز؛ لأنها شهادة بالملك، ثم المالك مع جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله م: (لأن النسب) ش: أي نسب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢٧/٩

المالك م: (يثبت بالتسامع) ش: والشهرة م: (فيحصل معرفته) ش: أي معرفة المالك، فكانت شهادة بمعلوم.

ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج، كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك. وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال، وهي باطلة.

وأجيب: بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان. والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدا، وهو مقبول فيه كما تقدم في خبر ذلك ببيت المال، والاعتبار للتضمن، والثالث: وهو قوله: م: (وإن لم يعاينها) ش: أي وإن لم يعاين الملك المالك جميعا، بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا، حدودها كذا وكذا، ولا يشهد لأنه مجازف في الشهادة، والرابع: وهو قوله م: (أو عاين المالك دون الملك) ش: فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به، وقوله م: (لا يحل له) ش: جواب الوجهين الأخيرين.

م: (وأما العبد والأمة) ش: مردود إلى قوله سوى العبد والأمة، تقريره إذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص م: (فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك) ش: أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك م: (لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه) ش: بل يكون في يد المستولي عليه م: (وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك) ش: يعني يحل له أن يشهد م: (لأنه." (١)

"وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه، **وجه الاستحسان** أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروفا، فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة،

والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصف ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما، بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت؛ لأنه

ـــــــQالشهادة، ولا يجوز قياسا، ولو أنكر الوصي ذلك لم يجز ذلك قياسا واستحسانا.

م: (وجه القياس: أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه) ش: وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يتصرف لها، ويقوم بإحياء حقوقهما، والغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما، ويبرآن بالدفع إليه، والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصدا نصيب من يدفع إليهما حقوقهما، فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعا بشهادتهما فترد، وبه قالت الأئمة الثلاثة – رحمهم الله –

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣٢/٩

لأن شهادة الجار لنفسه نفعا لا يقبل بالإجماع.

م: (ووجه **الاستحسان** أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان) ش: أي الوصي م: (طالبا والموت معروفا) ش: يعني: ظاهر؛ لأن القاضي، لا يثبت له بهذه الشهادة، ولاية لم تكن.

م: (فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين) ش: لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه هل يصلح للوصاية لأمانته وديانته وهدايته، وهما بهذه الشهادة زكياه. وأخبر القاضي أنه أهل لذلك، فكفيت عنه مؤنة التعيين، أي تعيين الوصي.

م: (لا أن يثبت بها شيء) ش: أي بهذه الشهادة شيء يعني من ولاية لم تكن م: (فصار) ش: هذا م: (كالقرعة) ش: في أنها ليست بحجة، هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة، وأراد به القرعة التي بعد القسمة لتعيين الأنصباء، وأنها ليست بحجة، ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي، فصلحت دافعة لا موجبة، فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين إلا أن يثبت شيئا لم يكن، فافهم.

[شهادة الوصيين إذا أقرا أن معهما ثالثا]

م: (والوصيان إذا أقرا) ش: هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث، فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له، وتقرير الجواب أن الوصيين إذا أقرا، يعني إذا اعترفا م: أن معهما ثالثا) ش: أي وصيا ثالثا، واعترافهما بذلك لأجل عجزهما، فحينئذ م: (يملك القاضي نصف ثالث) ش: أي وصي الثالث.

م: (معهما) ش: أي مع الوصيين م: (لعجزهما عن التصرف باعترافهما) ش: أي عن التصرف بعدم استقلالهما به.

م: (بخلاف ما إذا أنكر) ش: أي الوصي م: (ولم يعرف الموت) ش: لا تقبل الشهادة م: (لأنه)." [1]

"لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره، فصار كأنه متكلم بنفسه. له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب، كما في الشهادة على الشهادة، وكما في الاستيفاء. ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الخصومة شرط محض؛ لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة، فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق. وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص، وكلام أبي حنيفة - رحمه الله - فيه أظهر؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٦١/٩

لما فيه من شبهة عدم الأمر به.

ــــــــو (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له) ش: أي لأبي يوسف – رحمه الله – م: (أن التوكيل إنابة) ش: أي بدل عن خصومة الموكل والإنابة فيها شبهة م: (وشبهة الإنابة يتحرز عنها في هذا الباب) ش: أي في باب الحدود والقصاص م: (كما في الشهادة على الشهادة) ش: أي كما يتحرز عن الإنابة في الشهادة، يعني لا تجوز م: (وكما في الاستيفاء) ش: أي وكما يتحرز عن الإنابة، أي عن التوكل باستيفاء الحدود والقصاص مع اتفاقا بالجواب مع غيبة الموكل. م: (ولأبي حنيفة – رحمه الله –: أن الخصومة شرط محض) ش: يعني ليس لها حظ في الوجوب ولا في الظهور م: (لأن الوجوب مضاف إلى الجناية، والظهور إلى الشهادة، فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) ش: لأن " التوكيل " بها إثبات حق لا تؤثر فيه الشبهة. م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة – رحمه الله – وأبي يوسف – رحمه الله – م: (التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) ش: أي الحد، يعني إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلا بالجواب عنه في دفع ما يطالبه عليه، قال أبو حنيفة – رحمه الله –: يجوز. وقال أبو يوسف – رحمه الله –: لا يجوز. وقول محمد – رحمه الله – مضطرب، وقوله " التوكيل " مبتدأ وخبره مقدما عليه هو قوله " وعلى هذا الخلاف بالجواب " أي بأن يجيب عنه.

م: (وكلام أبي حنيفة – رحمه الله – فيه) ش: أي في – التوكيل من جانب من عليه الحد م: (أظهر؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع) ش: أي لأن الشبهة المذكورة وهي شبهة البدلية على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع إلى الدار، ألا ترى الشهادة على الشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة.

م: (غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه) ش: يعني إذا أقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحسانا م: (لما فيه من شبهة عدم الأمر به) ش: أي في باب الإقرار من شبهة عدم الأمر بالإقرار.

وفي " المبسوط ": لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياسا؛ لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق. وفي **الاستحسان** لا يجوز كما ذكره المصنف.." (١)

"باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء، فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٢٢/٩

به معلوما، فيمكنها الائتمار، إلا أن يوكله وكالة عامة، فيقول ابتع لي ما رأيت،

Q———

[باب الوكالة بالبيع والشراء]

[فصل في الشراء]

[وكل رجلا بشراء شيء هل يلزم تسمية الجنس والصفة]

م: (باب الوكالة بالبيع والشراء) ش: أي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع والشراء. قدم هذا الباب على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة إليه في ذلك.

م: (فصل في الشراء)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الشراء، وقدم هذا الفصل على الفصول التي تأتي بعده لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في فقد البيع وهو البيع، والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقدم.

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (ومن وكل رجلا بشراء شيء) ش: أي غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة، م: (فلا بد من تسمية جنسه) ش: كالعبد والجارية، إذ العبد جنس بلسان الشرع، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل النطق، فإن الجنس عندهم هو المقبول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو، كالإنسان مثلا.

والصنف هو النوع المقيد بقيد عرض كالتركي والهندي، والمراد هنا بالجنس: ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف م: (وصفته) ش: أي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقهاء م: (أو جنسه ومبلغ ثمنه) ش: أي أو تسمية جنسه مقدار ثمنه، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه، وأحمد - رحمه الله - في رواية.

وقال في وجه: لا يصح حتى يذكر نوعه، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية، وعند مالك - رحمه الله -: الشرط أن يكون معلوما في الجملة، قيل: هو الذي ذكره القدوري - رحمه الله -: استحسانا، والقياس عدم الجواز، **وجه الاستحسان**: حديث عروة البارقي - رضي الله عنه -، وقد مر لأنه - صلى الله عليه وسلم - ذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة. م: (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنها الائتمار)

ش: أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل م: (إلا أن يوكله) ش: هذا استثناء من قوله " فلا بد من تسمية جنسه " يعني إذا وكله م: (وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) ش:." [1]

"قال، وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه. وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوه.

قال: ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا. والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم، وجه **الاستحسان**: أن العرف أملك وهو على ما ذكرنا إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل، فبقي على الوضع. وقيل إن كثرت

ـــــــQم: (قال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار) ش: بأن قال: في محلة كذا م: (والثوب) ش: أي وسمى عين الثوب م: (جاز) ش: أي التوكيل م: (معناه) ش: أي معنى قوله في " الجامع الصغير " ووصف جنس الدار. م: (نوعه) ش: لأن تفاحشهم يرتفع بذكر الوصف والثمن، م: (وكذا إذا سمى نوع الدابة، بأن قال: حمار أو نحوه) ش: مثل بغل جاز، وإن لم يبين الثمن.

كذا في " المبسوط "؛ لأن الجنس صار معلوما بالتسمية وإنما بقيت الجهالة بالوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن.

فإن قيل: الحمير أنواع، منها ما يركبه العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل.

قلت: هذا اختلاف للوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل، حتى قالوا: إن القاضي أو الوالي لو أمر بشراء حمار يصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز، بخلاف ما لو أمر القاضي ليرى بذلك، كذا في المبسوط.

[دفع إلى آخر دراهم وقال اشتري لي حنطة]

م: (قال) ش: أي في " الجامع الصغير ": م: (ومن دفع إلى آخر دراهم) ش: قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم، وقال: اشتري لي حنطة أو شعيرا لم يجز؛ لأنه لم يبين المقدار، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس م: (وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة) ش: لأن الطعام اسم للمطعوم م: (كما في اليمين على الأكل) ش: إذا حلف

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٢٣٥

لا يأكل طعاما، فأكل فاكهة يحنث م: (إذ الطعام اسم لما يطعم) ش: بحسب العرف على ما يجيء بيانه مشروحا إن شاء الله تعالى.

م: (وجه الاستحسان: أن العرف أملك) ش: أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس م: (وهو على ما ذكرنا) ش: أي العرف على ما ذكرناه من أنه واقع على الحنطة ودقيقها م: (إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء) ش: ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام، وإذا كان السوق هكذا ترك القياس به؛ لأن العرف أقوى من القياس؛ لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص م: (ولا عرف في الأكل) ش: أي في اليمين بالأكل م: (فبقي على الوضع) ش: وهو أن الطعام اسم لما يطعم.

م: (وقيل) ش: هو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله -، فإنه قال: م: (إن كثرت." [1]

"قال: ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما ثمنا، فاشترى له أحدهما جاز؛ لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه؛ لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع. ولو أمره بأن يشتريهما بالألف وقيمتهما سواء. فعند أبي حنيفة - رحمه الله - إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، فإن اشترى بأكثر يلزم الآمر؛ لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء، فيقسم بينهما نصفين دلالة، فكان أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر، قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا؛ لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف، وما ثبت الانقسام إلا دلالة، والصريح يفوقها.

ــــــQ- رحمه الرهـ - أن بيع التعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة.

[أمر رجلان أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى أحدهما]

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - له في " الجامع الصغير " م: (ومن أمر رجلان أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى أحدهما جاز؛ لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه) ش: يعني عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين م: (وقد لا يتفق الجمع بينهما) ش: أي بين العبدين م: (في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) ش: فإنه لا يجوز م: (لأنه توكيل بالشراء) ش: وهو لا يحتمل الغبن الفاحش م: (وهذا كله بالإجماع) ش: بين الأصحاب، وهو احتراز عما إذا وكل بالبيع.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٣٨/٩

م: (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء، فعند أبي حنيفة – رحمه الله – إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر؛ لأنه) ش: أي لأن الآمر. م: (قابل الألف بهما وقيمتهما سواء) ش: أي والحال أن قيمة العبدين سواء، م: (فيقسم بينهما نصفين دلالة) ش: أي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم الصريح، وعند وجوده يعمل به لقوته م: (فكان أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بها) ش: أي بخمسمائة م: (موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر) ش: أي مخالفة إلى شر سواء.

م: (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما) ش: أي قبل الاختصام لثبوت المخالفة م: (استحسانا) ش: قيد به إذ في القياس لا ينفذ على الآمر؛ لأنه صار مخالفا، والشراء فيما لا يتوقف فينفذ عليه، وهو قياس الأئمة الثلاثة – رحمهم الله – وجه الاستحسان هو قوله، م: (لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به) ش: أي غرض الآمر الذي صرح به م: (وهو تحصيل العبدين بالألف، وما ثبت الانقسام إلا دلالة، والصريح يفوقها) ش: أي يفوق الدلالة، حاصل المعنى الانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة.." (١)

"قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك، والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها. قال: والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول، حتى إن من وكل وكيلا بقبض عين له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب، وهذا استحسان، والقياس أن يدفع الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق

ــــــQقبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك) ش: أي في أخذ الشفعة م: (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء، وهذا) ش: إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة – رحمه الله – بقوله " أنه وكله بالتملك " يعني أنه لما وكل الوكيل بالقبض بالتملك كان فيه معنى المبادلة وهذا م: (لأن المبادلة تقتضي حقوقا) ش: من التسليم والتسلم والرد بالعيب م: (وهو) ش: أي الوكيل م: (أصيل فيها) ش: أي في

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٢٥٤

الحقوق م: (فيكون خصما فيها) ش: أي في الحقوق، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) ش: بالإجماع م: (لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة) ش: لكونه يقبض عين الموكل من كل وجه م: (فأشبه الرسول، حتى إن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يديه البينة أن الموكل باعه إياه) ش: أي العبد م: (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) ش: أي الأمر.

م: (وهذا استحسان، والقياس أن يدفع) ش: أي العبد م: (إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم) ش: لأن الوكيل يقبض الوديعة ليس بخصم م: (فلم تعتبر) ش: أي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض م: (وجه **الاستحسان** أنه) ش: أي أن الوكيل يقبض الوديعة م: (خصم في قصر يده) ش: أي يد نفسه، أي قصر يد الوكيل م: (لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع) ش: أي بالوكيل.

م: (حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار) ش: هذا م: (كما إذا أقام) ش: أي ذو اليد م: (البينة على أن الموكل عزله عن ذلك) ش: أي عن القبض م: (فإنها) ش: أي فإن البينة م: (تقبل في قصر يده) ش: أي في يد الوكيل م: (كذا هذا) ش: أي فكذا حكم المسألة المذكورة، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (وكذلك العتاق والطلاق) ش: أي وكالمذكور حكم العتاق والطلاق، والمصنف يذكر الآن صورتهما.." (١)

"والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار، وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه الأهدى فالأهدى. وجه **الاستحسان** أن التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا،

ـــــــيجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة.

م: (والإقرار يضاده) ش: أي يضاد ما أمر به من الخصومة، م: (لأنه) ش: أي لأن الإقرار م: (مسالمة) ش: لأنه يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به، م: (والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا) ش: أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده م: (لا يملك) ش: أي الوكيل بالخصومة م: (الصلح والإبراء) ش: بوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل، والإبراء إسقاط وهو مأمور بالاستيفاء.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٢٩٢

م: (ويصحح) ش: هذا جواب سؤال يرد على قولهم، لأن الوكيل بالخصومة إذا لم يتناول الإقرار كيف يصح استثناؤه – فقال ويصح أي التوكيل م: (إذا استثنى الإقرار) ش: بأن قال: وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر عليه فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار، فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار، لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شق واحد لا يجوز؛ لأنه يلزم استثناء الكل من الكل.

م: (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك) ش: قال في " النهاية ": هي مسألة مبتدأة خلافية لم يردها على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقا أيضا فهو أيضا على هذا الخلاف وكذا في " المختلفات البرهانية "، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة، إذ العادة جرت في التوكيل بذلك.

م: (ولهذا) ش: أي والأصل هذا م: (يختار فيه) ش: أي في الخصومة، أي في التوكيل بها م: (الأهدى فالأهدى) ش: أي من كان أكثر هداية في طرق الخصومة، وفي الإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية.

م: (وجه الاستحسان أن التوكيل) ش: المذكور م: (صحيح قطعا) ش: أي ثابت من كل وجه بلا شبهة بالإجماع م: (وصحته يتناوله ما يملكه قطعا) ش: أي ما يملك التوكيل من مطلق الجواب من حيث القطع؛ لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، م: (وذلك مطلق الجواب) ش: أي الذي يملك مطلق الجواب، ومطلق الجواب يتناول الإنكار والإقرار جميعا فكما أن إنكار الوكيل يصح من حيث إنه جواب فكذا يصح الإقرار من حيث إنه جواب م: (دون أحدهما عينا) ش: يعني لا يملك أحدهما وهو الإقرار والإنكار معينا، لأنه ربما يكون." (١)

"ويصير متبرعا، وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء، فأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب.

ـــــــQويصير متبرعا) ش: فيما أنفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعا.

م: (وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين) ش: هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفا ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه، فإنه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٢٩٤

الألف دفعت إليه لا يكون له ذلك، وفي **الاستحسان** ذلك وليس بمتبرع على ما نذكره الآن، قوله م: (لأنه ليس بشراء) ش: هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل، فلو لم تجعله متبرعا لألزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا، م: (وأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب) ش: إلى القياس **والاستحسان** لا يدخلان فيما ذكرنا في باب الشراء، فلا يكون متبرعا قياسا واستحسانا.

وقال الكاكي – رحمه الله –: وأما مسألة الإنفاق رضا الآمر بثبوت الدين في ذمة الوكيل لأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم، بل يتعلق بمثلها في الذمة، ثم يثبت به حق الرجوع على الأمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا.." (١)

"قال: فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف. لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل بازلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته، قال: وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما، لأن هذا

ــــــم: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) ش: هذا كلام القدوري وقال المصنف – رحمه الله – م: (وهذا يدل على أنه) ش: أي أن المبيع م: (لا ينفسخ بنفس التحالف) ش: ما لم يفسخ القاضي، وبه صرح في كتاب "الاستحلاف" لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع، ولم ينفسخ بالتحالف.

وقال الإمام الأسبيجابي في " شرح الطحاوي ": فإن حلف، القياس أن يلتزم البائع للمشتري بما قال، وفي **الاستحسان** يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما، حتى إن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك، وقال بعضهم: بنفس التحالف ينفسخ، والأول أصح انتهى.

وقال الإمام الناصحي – رحمه الله – في " تهذيب أدب القاضي ": وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما، لأن الفسخ حق لهما؛ بدليل قوله – عليه السلام – أنه قال: "تحالفا وترادا".

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٣٠٤

م: (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة) ش: بينهما، م: (أو يقال: إذا لم يثبت البدل) ش: للتعارض م: (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد) ش: والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منهما ادعى عقدا غير الذي ادعاه الآخر فكان البيع مجهولا لجهالة البدل.

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) ش: وقال المصنف – رحمه الله –: م: (لأنه جعل بازلا) ش: فيصح البدل في الأعراض م: (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) ش: لعدم المعارض.

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (وإن اختلفا في الأجل) ش: أي في أصله أو قدره م: (أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن) ش:، وكذا لو اختلفا كل الثمن م: (فلا تحالف بينهما) ش: عندنا، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك – رحمهم الله –: تحالفا، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، م: (لأن هذا) ش: أي الاختلاف في الأصل أو." (١)

"وهذا عند أبي يوسف – رحمه الله – وقال محمد – رحمه الله –: الشراء أولى، ولهما على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه.

وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى، وهذا استحسان. وفي القياس الهبة أولى؛ لأنها تثبت الملك، والرهن لا يثبته. **وجه الاستحسان** أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى ـــــــيؤرخا، أو أرخا وتاريخهما سواء، وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى. فإن قيل: الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في الموضعين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب الضمان في المنكوحة، فكان الشراء أقوى؟.

قلنا: بل النكاح أقوى من الشراء من وجه، لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم، بخلاف الملك في المشتري ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض، بخلاف المشتري فإن لم يرجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة.

ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقد إياه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٥٦/٩

م: (وهذا) ش: أي قوله: " فهما سواء، أو يقضى بينهما " م: (عند أبي يوسف - رحمه الله - وقال محمد - رحمه الله -: الشراء أولى، ولهما) ش: أي للمرأة م: (على الزوج القيمة) ش: أي قيمة العبد م: (لأنه أمكن العمل بالبينتين) ش: لأن تصحيح البينات واجب ما أمكن حسنا للظن بالشهود، وذلك م: (بتقديم الشراء) ش: فتحا بسبق الشراء صح، وصحة التسمية في النكاح، لأن التزوج على عبد الغير صحيح، وهو معنى قوله: م: (إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه) ش: ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع، فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء، لأنه يقضي إلى تصحيح البينتين جميعا، فكان الشراء أولى، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صح، ووجبت القيمة فكذلك هذا.

[ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة]

م: (وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى، وهذا استحسان. وفي القياس الهبة أولى؛ لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته) ش: لأن الرهن يثبت اليد، والملك أقوى من اليد، فكانت الهبة أولى.

م: (وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ش: ولهذا قلنا: إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، م: (وبحكم الهبة) ش: أي المقبوض بحكم الهبة م: (غير مضمون، وعقد الضمان أقوى) ش: لأنه أكثر إثباتا م: (بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء، والبيع أولى." (١)

"ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة، فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذعه في رواية. وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه، ثم قيل: ما بين الخشب إلى الخشب بينهما. وقيل: على قدر خشبهما. والقياس أن يكون بينهما نصفين؛ لأن لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. ووجه الثاني: أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته. ووجه الأول: أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع، لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده. ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال

ـــــــQم: (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٨٩/٩

ش: أي من الجذوع م: (بعد الثلاثة) ش: يعني لو كان لكل منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا اعتبار للجذوع الأكثر من الثلاثة.

م: (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) ش: أي الحائط م: (لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذعه في رواية) ش: صاحب " الإملاء " عن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - م: (وفي رواية) ش: كتاب الدعوى م: (لكل واحد منهما ما تحت خشبه) ش: وذكر محمد في كتاب الإقرار أن الحائط لصاحب الخشب الكثير، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع م: (ثم قيل: ما بين الخشب إلى الخشب بينهما) ش: يعني بينهما نصفان، لأن لا يد لأحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منهما، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان، كذلك ما بين الخشب، م: (وقيل: على قدر خشبهما) ش: أي على قدر الخشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان، ولصاحب الجذوع الثلاثة أخماس.

م: (والقياس: أن يكون بينهما نصفين، لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة) ش: وهو رواية عن أبي حنيفة وقياس قول الشافعي وأحمد، م: (ووجه الثاني) ش: وهو رواية كتاب الدعوى م: (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) ش: لأن ذلك الموضع به مشغول بجذعه م: (ووجه الأول) ش: هو رواية كتاب الإقرار وهو **الاستحسان**: م: (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له) ش: أي لصاحب الجذع الواحد م: (حق الوضع) ش: أي حق وضع خشبه، م: (لأن الظاهر ليس حجة في استحقاق يده) ش: فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا.

م: (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال) ش: وفي نسخة: لو كان لأحدهما اتصال." (١)

"(باب دعوى النسب) قال: وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله - دعوته باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه متناقضا ولا نسب بدون الدعوى. **وجه الاستحسان** أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه؛ لأن الظاهر عدم الزنا، ومبنى النسب على الخفاء، فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤١٠/٩

فيفسخ البيع، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن، لأنه قبضه بغير حق.

ـــــــQ

[باب دعوى النسب]

[باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع]

م: (باب دعوى النسب)

ش: أي هذا الباب في بيان حكم دعوى النسب، ولما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها، فكان أهم. وفي " الصحاح ": الدعوة بالكسر في النسب، وبالفتح في الطعام، وقيل على العكس.

قلت: وبالضم في الجهاد.

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن البائع وأمه أم ولد له) ش: وتفسخ البيع ويرد الثمن.

م: (وفي القياس وهو قول وزفر والشافعي - رحمهما الله تعالى - لأن دعوته باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه) ش: أي من البائع م: (بأنه عبد) ش: أي بأن الولد عبد، لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك م: (فكان في دعواه مناقضا) ش: ودعوى التناقض مردود م: (ولا نسب بدون الدعوى) ش: أي ولا يثبت النسب بدون الدعوى.

م: (**وجه الاستحسان**: أن اتصال العلوق بملكه) ش: أي بملك المدعي وهو البائع م: (شهادة ظاهرة على كونه منه) ش: وذلك بمنزلة البينة العادلة حكما في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الأصل وصيرورة الجارية أم ولد له م: (لأن الظاهر عدم الزنا، ومبنى النسب على الخفاء) ش: جواب عن المناقض، لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ولم يتبين له أنه منه م: (فيعفى فيه التناقض) ش: لأجل الخفاء.

م: (وإذا صحت الدعوى) ش: أي دعوى البائع م: (استندت إلى وقت العلوق) ش: منه م: (فتبين أنه باع أم ولده، فيفسخ البيع، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه) ش: أي لأن البائع م: (قبضه بغير حق) ش: فيجب عليه رده.." (١)

"قال: والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه. وكذا إذا قال: لفلان علي حق لما بينا. وكذا لو قال: غصبت منه شيئا ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٤١٣

على العادة.

ولو قال: لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير، لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا.

ـــــــوراء النهر لا يقبل، لأنه لا قيمة لهذه الأشياء، وبه قال مالك والشافعي في وجه م: (قال: والقول قوله مع يمينه، إن ادعى المقر له أكثر من ذلك، لأنه هو المنكر فيه) ش: والقول قول المنكر بالحديث.

م: (وكذا) ش: أي وكذا يلزمه أن يبين بما له قيمة م: (إذا قال: لفلان علي حق لما بينا) ش: أشار به إلى قوله " أخبر عن الوجوب في ذمته ". وفي " المحيط ": لو قال لفلان " علي حق "، ثم قال: عنيت به حق الإسلام لا يصدق. وإن قال: موصولا يصدق لأنه بيان تغيير باعتبار العرف.

وقالت الأئمة الثلاثة: لا يصدق في الوجهين م: (وكذا لو قال: غصبت منه شيئا ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع) ش: أي الشيخ [...] م: (تعويلا على العادة) ش: لأن مطلق اسم العصب يدل في العرف على مال مقوم.

[قال لفلان علي مال]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (ولو قال: لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل، ويقبل قوله في القليل والكثير) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - في وجه.

وحكي عن مالك ثلاثة أوجه: أحدها: كقولنا. وثانيها: لا يقبل إلا أول نصب عن نصب الزكاة من نوع من أنواعها. وثالثها: لا يقبل، إلا فيما يستباح به العضو، والقطع في السرقة، إلا أنه لا يقبل عندنا في أقل من عشرة دراهم، لأن الكسور لا تعد مالا، كذا في " المبسوط " م: (لأن كل ذلك مال) ش: أي القليل والكثير مال م: (فإنه) ش: أي فإن المال م: (اسم لما يتمول به، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم؛ لأنه لا يعد مالا عرفا) ش: أي الأقل من درهم لا يعد مالا في عرف الناس.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في " مبسوطه " في باب الإقرار: بدراهم غيره مسماة في هذه المسألة إذا بين ما دون الدرهم نصف أو دانق قالوا: القياس أن يصدق. وفي **الاستحسان** لا يصدق فيما دون الدراهم.

وقال الناطفي في " أجناسه ": وفي " نوادر هشام " قال محمد: - رحمه الله -: ولو قال لفلان علي مال

له أن يقر بدرهم ثم قال: وقال في " النهار ": ولو قال: لفلان علي مال، قال: هو عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر - رحمه الله -. وقال أبو." (١)

"فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. **وجه الاستحسان** وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين، وهذا فيما يكثر استعماله، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون. أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال: مائة وثوبان لما بينا، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف، فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا.

ـــــــم: (فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني) ش: وهو قوله: علي مائة وثوب.

م: (**وجه الاستحسان** وهو الفرق) ش: بين الفصلين م: (أنهم) ش: أي العلماء م: (استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره) ش: أي بذكر الدرهم م: (عقيب العددين) ش: ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما يكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل م: (وهذا) ش: أي الاستثقال قاله شيخي العلاء.

وقال الكاكي - رحمه الله -: أي كون العطف للبيان م: (فيما يكثر استعماله وذلك) ش: أي كثرة الاستعمال.

م: (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك) ش: فيما يثبت في الذمة، وهو معنى قوله: م: (في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) ش: لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها، فإذا كثر وجوبها كثر الذكر.

فيعتبر ذلك الجنس في كل عدد، فاكتفى ذكر الجنس في العدد الأخير عن ذكره فيما سبق.

م: (وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها) ش: وهذا لا يثبت الثياب في الذمة دينا إلا سلما، والشاة لا تثبت دينا في الذمة أصلا، م: (فبقي على الحقيقة) ش: أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفا على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، وقد انعدمت.

م: (وكذا) ش: أي يرجع إلى المجمل في البيان م: (إذا قال: مائة وثوبان) ش: فيرجع في بيان المائة إلى المقر م: (لما بينا) ش: أي الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٤٣٢

م: (بخلاف ما إذا قال: مائة وثلاثة أثواب؛ لأنه ذكر عددين مبهمين) ش: وما مائة وثلاثة وإنما كانا مبهمين، لأنه لا دلالة لهما على جنس من الأجناس م: (وأعقبهما تفسيرا، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) ش: حتى تدل على المغايرة م: (فانصرف إليهما) ش: أي إلى العددين م: (لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثيابا) ش: لا يقال الأثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا.." (١)

"فإن قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هي لي فإنه يأخذها؛ لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر. ولو قال: أجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده، وقال فلان: كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان،

ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان: الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح. وجه القياس ما بيناه في الوديعة. وجه **الاستحسان** وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه، وهو المنافع فيكون عدما

ـــــــهـحكم الوديعة والقرض.

[قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي]

م: (فإن قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هي لي، فإنه) ش: أي فإن فلانا م: (يأخذها، لأنه) ش: أي لفلان وادعى استحقاقها عليه، أي لأن المقر م: (أقر باليد له) ش: أي لفلان م: (وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر. ولو قال: أجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها، أو قال: أجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده، وقال فلان: كذبت وهما لي فالقول قوله؛ وهذا) ش: أي كون القول قوله م: (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م: (وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي " المبسوط " و " الإيضاح ": وهذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب للمقر، أما إذا كان معروفا فإن الدابة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٤٤١

والثوب والدار للمقر، فقال: أعرته لفلان وقبضه فالقول قوله بالإجماع م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور م: (الإعارة والإسكان) ش: بأن قال: أعرتك داري هذه ثم رددتها علي، وأسكنتك داري ثم رددت، وقال الآخر: داري.

[قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي]

م: (ولو قال: خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال: فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) ش: احترز به عن قول بعضهم فإنهم قالوا: القول قول المقر بالإجماع، ويكون ذلك دليلا لأبي حنيفة - رحمه الله -، ولكن مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: على الاختلاف أيضا.

م: (وجه القياس: ما بيناه في الوديعة) ش: وهو قوله: " إن المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه " فوجب عليه الرد كما في الوديعة.

م: (وجه **الاستحسان** وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة) ش: بين الإجارة والوديعة: أن اليد في الإجارة والإعارة م: (ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع، فيكون عدما)." (١)

"ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة، قيل لا يجوز لكونه بيعا، إذ المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة؛ لأن التركة لم يتملكها الوارث، وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز.

وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا.

ـــــــقاضي خان ": والصحيح ما قاله أبو جعفر. م: (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا) ش: أي لكون الصلح بيعا م: (إذ المصالح عنه عين) ش: وبيع المجهول لا يصلح وهو قياس مذهب الشافعي م: (والأصح أنه يجوز) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (لأنها) ش: أي أن الجهالة م: (لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية عن الورثة) ش: ولا يطلبوا شيئا آخر من المصالح مقابل بدل الصلح. م: (وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث) ش: وبه قال الشافعي في وجه م: (وإن لم يكن مستغرقا) ش: أي وإن لم يكن الدين مستغرقا للتركة م: (لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه) ش: أي دين الميت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٤٦٤

م: (فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز) ش: جاز لأن القليل لا يمنع الإرث وبه قال الشافعي في وجه. م: (وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) ش: وذكر في " الذخيرة ": القياس والاستحسان من غير نسبته إلى الكرخي، وهكذا في " مبسوط شيخ الإسلام "، وفيه: إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكل، وفي " الاستحسان ": يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث في التركة أم لا، فالقياس أن يمنع؛ لأن ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين وفي " الاستحسان ": لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطؤها نفيا للضرورة عن الوارث، إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين والله أعلم بالصواب.." (١)

"قال - رضي الله عنه - وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به، وصار كالعروض، وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها.

قال: وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون؛ لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له. وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء؛

ـــــــم: (قال - رضي الله عنه -: وهذا الذي ذكره) ش: أي القدوري م: (إذا كان) ش: أي المال الذي نض م: (من جنس رأس المال) ش: بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير م: (فإن لم يكن) ش: أي المال الذي نض من جنس رأس المال م: (بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب) ش: أي أو كان على العكس بأن كان دنانير ورأس المال دراهم م: (له) ش: أي للمضارب م: (أن يبيعها بجنس رأس المال) ش: قيد به، لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض م: (استحسانا) ش: أي من حيث الاستحسان م: (لأن الربح لا يظهر إلا به) ش: أن يبيعها بجنس رأس المال، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال، وقال يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال م: (وصار كالعروض) ش: في حكم جواز البيع، وفي القياس لا يجوز؛ لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد تعين.

م: (وعلى هذا) ش: إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل، أي على حكم المذكور م: (موت رب المال ولحوقه بعد الردة) ش: وارتفاع الموت بالابتداء، وخبره قوله: على هذا م: (في بيع العروض) ش: بأن كان المال

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤١/١٠

عروضا ومات رب المال فلا ينعزل المضارب، بل يبيعها وينض رأس المال، وكذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتدا، لأنه موت حكما م: (ونحوها) ش: أي ونحو العروض، فإن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على ا العكس.

[افتراق رب المال والمضارب وفي المال ديون]

م (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا افترقا وفي المال ديون) ش: أي إذا افترق رب المال والمضارب والحال في المال ديون، والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضارب م: (وقد ربح المضارب فيه) ش: أي والحال أنه قد ربح المضارب في المال م: (أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) ش: أي على طلب الديون التي على الناس م: (لأنه) ش: أي لأن المضارب م: (بمنزلة الأجير) ش: حيث جعل له شيء م: (والربح كالأجر له) ش: لأنه استحق الربح بأن أعلمه وقد سلم له بدل علمه وهو الربح فيجبر على إتمام عمله، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا نعلم فيه خلافا.

م: (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) ش: أي طلب الديون التي على الناس، وقالت الثلاثة لزمه الاقتضاء لأنه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته، ودليلنا هو قوله م:." (١)

"قال – رضي الله عنه –: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه، أحدها: أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالإطلاق. والثاني: أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد، إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو خيرا منه والحنطة مثل الحنطة، والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع، والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه،

ـــــــQبالضمان، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم أنه عارية فرجع على المستعير؛ لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل، فيكون غرورا، فأما إذا كان معلم لا يرجع لأنه غرور فيه، والرجوع بحكم الغرور.

م: (قال – رضي الله عنه –: وهذا) ش: أي ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير م: (إذا صدرت الإعارة مطلقة) ش: أي عن الوقف والانتف ا ع م: (وهو) ش: أي ما يصدر من عقد الإعارة م: (على أربعة أوجه)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٧٨

ش: وهي قسمة عقلية، والمصارة على الأربعة ضرورة؛ لأن الشيئين هما الإطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقف والانتفاع فكانت أربعة لا محالة م: (أحدها: أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، وللمستعير فيه) ش: أي في هذا الوجه م: (أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالإطلاق، والثاني: أن تكون مقيدة فيهما) ش: أي في الوقت، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة م: (وليس له) ش: أي للمستعير م: (أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد) ش: مثلا استعار الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحمل عليها أكثر.

م: (إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك) ش: كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة أخرى م: (أو خيرا منه والحنطة) ش: أي أو كان خلافا إلى خير منه، بأن قال: عشرة أقفزة من الحنطة، فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحسانا، وفي القياس: يضمن لأنه مخالف.

وجه الاستحسان: أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة إلا إذا تصور دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا م: (مثل الحنطة) ش: أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير أو لغيره فالحنطة جنس واحد، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير أو لم يعينها.

م: (والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع، والرابع عكسه) ش: أي عكس الثالث، وهو أن تكون مطلقة في حق الانتفاع.

م: (وليس له أن يتعدى ما سماه) ش: أي ليس للمستعير أن يتعدى ما عينه المعير في." (١)

"على الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد، والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه، فتكون مؤنة الرد عليه.

قال: وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وهذا استحسان، وفي القياس يضمن؛ لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها. **وجه الاستحسان** أنه أتى بالتسليم المتعارف؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده، وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا. ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/١٤٩

غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال؛ لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري؛ لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه.

ـــــــعلى الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه، فتكون مؤنة الرد عليه) ش: لقوله - عليه السلام -: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ، ولا خلاف فيه.

[هلاك العارية]

[الحكم لو استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا) ش: أي عدم الضمان م: (استحسان. وفي القياس: يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في الأصح.

م: (وجه **الاستحسان** أنه أتى بالتسليم المتعارف؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) ش: بفتح الميم موضع الربط. وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة: إن كان المربط خارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ، وقيل: هذا في عادتهم.

م: (وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) ش: هذا لفظ القدوري أيضا، إلا أن لفظه في أكثر النسخ: وإن استعار عينا فردها إلى دار المالك م: (لما بينا) ش: أشار به إلى قوله: لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد، فعلى هذا إذا استعار عقدا لم يردها إلا إلي المعير للعرف كذلك.

[الحكم لو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه] ١

م: (ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) ش: هذه من مسائل القدوري أيضا م: (لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال؛ لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العواري لأن فيها

عرفا، حتى لو كانت العارية عقد جوهر) ش: بكسر العين، وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقود م: (لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه) ش: أي في حكم رد عقد الجوهر.." (١)

"ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا له على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق؛ لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به. بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس؛ لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.

ــــــم: (ولنا) ش: أراد به وجه الاستحسان، قيل ذكر لنا هاهنا غير مناسب؛ لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن، فلم يكن ذكر لنا مناسبا، بل كان المناسب أن يقول وجه الاستحسان.

قلت: لما كان القياس هو قول الشافعي - رحمه الله - ووجه الاستحسان قولنا ناسبه أن يقول ولنا، وإن لم يصرح بذكر الشافعي - رضي الله عنه - م: (أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) ش: أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول، فافهم، وكون القبض فيها مثل القبول في البيع م: (من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) ش: أي على القبول، فإذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك إلا بالقبض، كما لا يثبت الملك إلا بالقبول م: (والمقصود منه) ش: أي مقصود الواهب من عند الهبة م: (إثبات الملك) ش: للموهوب له م: (فيكون الإيجاب منه) ش: أي من الواهب م: (تسليطا له على القبض) ش: تحصيلا بمقصوده، فكان أدنى دلالة.

م: (بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق) ش: حيث يشترط فيه الإذن صريحا م: (لأنا) ش: وفي بعض النسخ لأنه، أي لأن الشأن: (إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له) ش: أي للقبض م: (بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به) ش: أي بالقبول وهو القبض.

م: (بخلاف ما إذا نهاه) ش: كان ينبغي أن يقول وبخلاف بواو العطف عطفا على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق. لأن حكمها واحد، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يلزم على هذا ما إذا نهى من القبض، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض، وتقرير الجواب أنه إذا نهاه يعني صريحا م: (عن القبض في المجلس) ش: بأن قال له لا تقبض فإنه لا يصح قبضه في المجلس وبعده م: (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) ش: أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض، والصريح هو قوله لا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/١٥٦

تقبض فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دلالة تبطل بوجود صريح النهي؛ لأن الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان:

الأولى: أن القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع. الثانية: أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسلطا على القبض، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه." (١)

"وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر، فأولى أن يملك النافع. وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب. وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال، فلا بد من ولاية التحصيل وهو من أهله.

ــــــــهالمعطوف أيضا، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام، ووصيه كوصي الأب.

م: (وإن وهب له) ش: أي للصغير م: (أجنبي هبة تمت بقبض الأب؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر، فأولى أن يملك النافع) ش: الضائر فاعل من ضار يضير والضير والضرر، وهو لغة من الضور. وفي بعض النسخ الضار بتشديد الراء، وكلاهما واحد.

م: (وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو) ش: أي وليه م: (وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب. وإن كان) ش: أي اليتيم م: (في حجر أمه) ش: أي كنفها وتربيتها م: (فقبضها له) ش: أي قبض الهبة لليتيم م: (جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه) ش: أي قبض الهبة له من باب الحفظ م: (لأنه لا يبقى إلا بالمال) ش: أي لأن حفظ اليتيم لا يبقى بقاؤه إلى بقوت وملبوس م: (فلا بد من ولاية التحصيل) ش: فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه، فصار ذلك من ضروراته. وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه؛ لأن له عليه يدا معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر من أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه؛ لأنه صار كالخلف، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل.

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز، معناه إذا كان عاقلا؛ لأنه نافع في حقه م: (وهو من أهله) ش: أي الصبي من أهل التصرف فيما يتمحض نفعا له.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٦٤/١٠

وفي " المبسوط ": هذا جواب **الاستحسان** وهو قولنا، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلا، وهو قول الشافعي. وفي رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي صح، وعنه كقولنا.

فإن قيل: عقل الصبي إما أن يكون معتبرا أولا، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته.

فالجواب: أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضا؛ لأنه ينفتح به باب آخر في تحصيلها فكان جائزا نظرا له، وهذا لم." (١)

"موجبا حتى الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له، فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا.

قال: وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له.

ـــــــم: (موجبا حتى الفسخ من الأصل) ش: لثبوت حق الرجوع م: (فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له، فيظهر على الإطلاق) ش: يعني سواء كان بالتراضي أو بالقضاء؛ لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ، فيظهر على الإطلاق.

وفسر تاج الشريعة قوله: على الإطلاق، بقوله: أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض، والذي ذكرنا هو أقرب، وهو الذي ذكره بقية الشراح، يظهر ذلك بالتأمل، ولا يلزم على هذا الرد في المرض، فإنه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث ولو كان الرد بالتراضي فسخا من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء؛ لأن فيه روايتين.

وذكر ابن سماعة فيه القياس **والاستحسان**، في القياس يعتبر من جميع ماله.

وفي **الاستحسان** من الثلث؛ لأنه تمليك مبتدأ، ولكن الرد في مرضه باختياره تم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فللرد قصد يعتبر من الثلث، لا لأنه تمليك مبتدأ، كذا في " المبسوط ".

م: (بخلاف الرد) ش: هذا جواب عن قياس زفر - رحمه الله -، وتقريره أن الرد م: (بالعيب بعد القبض) ش: إنما يكون في صورة القضاء خاصة م: (لأن الحق هناك في وصف السلامة) ش: حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد السلامة حقه له م: (لا في الفسخ) ش: لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان ثابتا لم يقتض الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد بينهما، وأما القاضي فإنما يقضي أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧٨/١٠

ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء.

م: (فافترقا) ش: أي الرجوع التراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء. وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافا لزفر في غيره، وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك، وإن كان بغيره فليس له ذلك.

[الحكم لو تلفت الهبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له]

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له." (١)

"فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة. أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة،

ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا لأنها منفعة تقصد بالأراضي، ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة

ـــــــQكالذرة والبعض لا يضر كالبطيخ م: (فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول) ش: بنصب اللام عطفا على قوله حتى يسمي م: (على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الخيرة) ش: أي الاختيار وهو بكسر الخاء وفتح التاء آخر الحروف والراء م: (إليه) ش: أي إلى المستأجر م: (ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة) ش: وفي المغني لابن قدامة: لو استأجرها للزرع مطلقا، أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرعها ما شاء، وهو مذهب الشافعي ومالك - رحمهما الله.

وعن شريح لا يصح حتى يبين ما يزرع؛ لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان، وهو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب، ثم لو زرع نوعا من الأنواع - وهذه الصورة - ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل، وفي **الاستحسان** يجب المسمى وينقلب العقد جائزا كما لو استأجر ثوبا للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه، فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحسانا، كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان.

[يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٢٠٢

م: (ويجوز أن يستأجر الساحة) ش: بالحاء المهملة المخففة، وهي الأرض الخالية عن البناء والشجر م: (ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) ش: عطف الشجر على النخل من قبيل عطف العام على الخاص، كما في قوله تعالى: ﴿سبعا من المثاني والقرآن العظيم﴾ [الحجر: ٨٧] (الحجر: الآية ٨٧) ، وفائدته الإشعار بفضل المعطوف عليه.

فإن قلت: المراد هاهنا بيان الحكم لا بيان الفضائل، فما فائدة إفراد النخل ولا يعرفون غيره وإن كانوا يسمعون، فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمها مختلف، فلدفع هذا الوهم أفرده بالذكر، ولم أر أحدا من الشراح تعرض لهذا م: (لأنها منفعة تقصد بالأراضي) ش: فيصح لها العقد.

م: (ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه) ش: المستأجر م: (أن يقلع البناء والغرس) ش: بكسر الغين بمعنى المغروس، ولا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع م: (ويسلمها إليه فارغة) ش: أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغروس، ومعناه يجبر على القلع ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص، وبه قال مالك والمزني.

وقال الشافعي وأحمد – رحمهما الله –: إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها فكذلك.." [(١)]

"لأنه منفعة معلومة معهودة، فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من يشاء عملا بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره؛ لأنه تعين مرادا من الأصل والناس متفاوتون في الركوب، فصار كأنه نص على ركوبه

ــــــــقلت: قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في " فتاوى قاضي خان " أنه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزا بعدما وقع فاسدا فيكون معنى قوله: فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء، أي لو أركبه ينقلب إلى الجواز بعدما وقع فاسدا، أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه: قوله: فإن أطلق الركوب، أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء، واختاره صاحب " الكافي ".

والأوجه أن يقال: ما ذكره من الفساد جواب القياس، ومن الجواز جواب **الاستحسان** فذكر في " المبسوط " بعد ذكره وجه القياس: في القياس وفي **الاستحسان** أن الجهالة المفسدة قد زالت بركوب نفسه وإركاب غيره فجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء.

فإن قلت: ما الدليل على جواز استئجار الدواب.

قلت: روى الواحدي في كتاب " أسباب نزول القرآن " بإسناده إلى العلاء بن المسيب «عن أبي أمامة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٥١/١٠

التيمي، قال: سألت ابن عمر – رضي الله عنهما – فقلت: إنا قوم نكري في هذا الوجه وأن قوما يزعمون أنه لا حج لنا، قال ألستم تلبون، ألستم تطوفون بين الصفا والمروة، قال: بلى، قال: إن رجلا سأل النبي – صلى الله عليه وسلم – عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت: ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم﴾ [البقرة: ١٩٨] فدعاه فتلاها، فقال أنتم الحجاج» فدل الحديث أن استئجار الدواب جائز م: (لأنه) ش: أي لأن كل واحد من الركوب والحمل م: (منفعة معلومة معهودة) ش: بين الناس.

م: (فإن أطلق الركوب) ش: أراد عمم ولم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن تركب من تشاء أو على أن تركب من شئت، أما إذا استأجر للركوب مطلقا لا يجوز كما ذكرناه آنفا م: (جاز له) ش: للمستأجر م: (أن يركب من يشاء) ش: بضم الياء من الإركاب ومن في محل نصب مفعول.

م: (عملا بالإطلاق) ش: أن التعميم كما ذكرنا م: (ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره؛ لأنه تعين مرادا من الأصل) ش: أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعيين حال كونه مرادا من الأصل وهو الإطلاق والتعميم م: (والناس متفاوتون في الركوب، فصار كأنه نص) ش: في الابتداء م: (على ركوبه) ش: شيء معين.." (١)

"لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت، أو لكونه خيرا من الأول. وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به. وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا؛ لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره،

قال: وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها،

ـــــQونشر، فالشعير ينصرف إلى المثل، والسمسم إلى أقل إذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن.

قلت: هذا ليس بلف ونشر، بل كل واحد منهما ينصرف إلى الأقل ومثاله، وأما مثل الحنطة في الضرر هو الحنطة الأخرى غير الحنطة المعينة في الإجارة كما ذكرنا، ولا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كانا وزنا أو كيلا، فكيف يكون مثل الحنطة في الضرر؟ ثم قال: هذا جواب **الاستحسان**، أما لو سمى قدرا من الحنطة وزنا فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن.

وفي " المبسوط ": لا يضمن وهو الأصح، وبه أفتى الصدر الشهيد – رحمه الله – م: (لأنه دخل تحت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٢٥٤

الإذن لعدم التفاوت) ش: فيما إذا كان مثلا م: (أو لكونه خيرا من الأول) ش: فيما إذا كان أقل ضررا.

م: (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به) ش: لأنه يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة. وفي المبسوط وكذا لو حمل وزن الحنطة قطنا يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه، كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا.

م: (وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا؛ لأنه ربما يكون أضر بالدابة، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره، والقطن ينبسط على ظهره) ش: إنما ذكر هذا مع كونه معلوما مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون.

[استأجر دابة ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت]

م:) قال) ش: أي القدوري م: (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) ش: قيد بالإرداف؛ لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن كانت الدابة تطيق ذلك؛ لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق عليها، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديدا.

وقيد بقوله: " رجلا " لأنه إذا أردف صبيا يضمن قدر الفضل لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمتاع، وهذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها. وبه قال الشافعي وروي عن الشافعي: يجب على المردوف نصف الضمان.." (١)

"فأما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين، قال – عليه الصلاة والسلام –: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» وأما الحجام فلما روي أنه – عليه الصلاة والسلام – احتجم وأعطى الحجام الأجرة. ولأنه

ــــــــQومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء، فقالوا: يكره اتخاذ حمام النساء. وقال القاضي الحنبلي عن أحمد أنه لا يباح أجر الحجام، وممن كره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لقوله – عليه السلام –: «كسب الحجام خبيث» رواه مسلم.

م: (فأما الحمام فلتعارف الناس) ش: يعني لجريان العرف بذلك بين الناس خصوصا في ديار الترك م: (ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين) ش: هذا إشارة إلى جواب **الاستحسان**، لأن القياس عدم الجواز للجهالة،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٥٦/١٠

فقال: فلم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين على ذلك م: (قال - عليه الصلاة والسلام -: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» ش: ذكر هذا دليلا على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولا، لأن كل ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن.

ولكن رفع هذا الحديث إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - غير صحيح، وإنما هو موقوف على ابن مسعود - رضي الله عنه - رواه أحمد في " مسنده " حدثنا أبو بكر بن عياش حدثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - قال: «إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيئ» .

ورواه البزار في " مسنده " والبيهقي في " المدخل "، ورواه أيضا أبو داود الطيالسي في " مسنده " حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله فذكره، إلا أنه قال عوض سيئ: قبيح.

ومن طريقه رواه أبو نعيم في " الحلية " في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب " الاعتقاد "، والطبراني في " معجمه ".

قال ابن عبد الهادي في الكلام على أحاديث " المختصر ": وقد أخطأ بعضهم فرفعه، ثم قال: وقد روي مرفوعا من حديث أنس لكن إسناده ساقط.

م: (وأما الحجام فلما روي «أنه - عليه الصلاة والسلام - احتجم وأعطى الحجام الأجرة» ش: أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - احتجم وأعطى الحجام أجره» .

زاد البخاري في لفظه: ولو كان حراما لم يعطه. وفي لفظ: ولو علم كراهيته لم يعطه.." (١)

"ملك نصيب صاحبه، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع. ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة؛ لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها. وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما. فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى، وهذا استحسان. وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر - رحمه الله -؛ لأنه وقع فاسدا. فلا ينقلب جائزا.

ـــــــملك نصيب صاحبه) ش: وفي بعض النسخ ملك صاحبه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٧٦/١٠

م: (وأنه) ش: أي ملك نصيب صاحبه م: (أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع) ش: كما في البيع، بخلاف الحمل، لأنه فعل حسي.

[استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها]

م: (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها) ش: أي استأجرها للزراعة ولم يبين م: (أو أي شيء يزرعها) ش: من أنواع الحبوب م: (فالإجارة فاسدة) ش: بجهالة المعقود عليه وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في الصورتين، وكان له أن يفعل في الأول ما يشبهه من البناء والغرس، والزرع، فإن أشبه الجميع وكان بعضه بالأرض من بعض لم يصح العقد.

وفي الثاني وهو أن يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع إلا ما يشبهه، ذكره في الجواهر. أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالإجماع. ولو قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح أيضا وهو المنصوص عن الشافعي - رحمه الله - وخالفه أكثر صحبه.

وقالوا: لا يجوز لأنه لا يدرك كم يزرع وكم يغرس. وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها م: (لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها) ش: نحو البناء والغرس وحفظ الأمتعة ونحوها. م: (وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه) ش: أي مما يزرع م: (ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره) ش: كالدرة والدرزقان ضررهما بالأرض أكثر من ضرر الحنطة والشعير، ومنه ما لا يضر كالقطن والبطيخ م: (فلم يكن المعقود عليه معلوما) ش: فيفسد العقد للجهالة.

م: (فإن زرعها) ش: أي الأرض نوعا من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة م: (ومضى الأجل) س: المضروب فيها م: (فله المسمى) ش: أي فللمولى ما سمي عند العقد م: (وهذا) ش: أي وجوب المسمى لانقلاب العقد صحيحا.

م: (استحسان. وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر - رحمه الله -) ش: والشافعي وأحمد م (لأنه) ش: أي العقد م: (وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا) ش: فيجب أجر المثل.

م: (**وجه الاستحسان** أن الجهالة ارتفعت) س: بوقوع ما وقع فيها من الزرع م: (قبل تمام العقد) ش: ينقض القاضي م: (فينقلب جائزا) ش: لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال، فإذا شهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضار وليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في ذلك الوقت.." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٠٨

"وجه **الاستحسان** أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما إذا ارتفعت في حالة العقد، وصار كما إذا اسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة.

ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة، فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الأولى.

م: (كما إذا ارتفعت في حالة العقد) ش: لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه. ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هنا م: (وصار كما إذا اسقط الأجل المجهول قبل مضيه) ش: بأن باع إلى الحصاد والدياس فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس م: (والخيار الزائد في المدة) ش: بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلا ثم أسقط اليوم الرابع قبل هذا رد المختلف على المختلف، فإن زفر - رحمه الله - لم يقل بالانقلاب إلى الجواز لا هنا ولا هناك.

أجيب: بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق مبادئ فيكون مثل الإيضاح لما وقع الكلام فيه من المقيس فيه، وإن كان هو مختلفا في نفسه.

وقيل: هذا تكرار، لأنه ذكر في الأول باب ما يجوز من الإجارة، ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها.

أجيب: بأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة، وهي قوله: وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى وفيه نظر؛ لأن اختلاف الوضعين لا ينبغي التكرار في حكم واحد وكان ينبغي ذكر الفائدة الزائدة هناك.

[استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم فحمل ما يحمل الناس فنفق]

م: (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق) ش: أي الحمار أي هلك م: (في بعض الطريق فلا ضمان عليه، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) ش: لأنه قبضها بإذن المالك م: (وإن كانت الإجارة فاسدة) ش: حرف إن واصلة بما قبله. لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح، ولا يعلم خلاف بأن هذه الإجارة فاسدة، والفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمله الناس، وأراد به الحمل المعتاد لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل ألمعتاد لعدم المخالفة؛ لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد.

م: (فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الأولى) ش: وهو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من." (١)

"باب الإجارة على أحد الشرطين وإذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم، وإن خطته روميا فبدرهمين جاز، وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به، وكذا إذا قال لصباغ: إن صبغته بعصفر فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين. وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا

[باب الإجارة على أحد الشرطين]

م: (باب الإجارة على أحد الشرطين) ش: لما بين الإجارة على شرط إذا كان مفسدا شرع في بيان الشرطين، والاثنان بعد الواحد.

م: (وإذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسيا) ش: أي خياطا فارسيا بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس وهي التي تكون فيها الخياطة غرزة غرزة. وقوله: م: (فبدرهم) ش: جواب الشرط والتقدير فأجرتك بدرهم م: (وإن خطته روميا) ش: أي خياطا روميا يعني خياطة روميه أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين، وكذلك قوله م: (فبدرهمين) ش: جواب الشرط بالتقدير الذي ذكرناه، وقوله م: (جاز) ش: جواب إذا، أي جاز هذا الشرط المتنوع م: (وأي عمل من هذين العملين) ش: أي الخياطة الفارسية والخياطة الرومية م: (عمل) ش: أي الخياط م: (استحق الأجر به) ش: أي الأجر المسمى بالعمل، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية.

وقال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية، وإسحاق وأبو ثور والثوري: لا يصح العقد وهو القياس، وبه قال زفر - رحمه الله - وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - أولا ثم رجع عنه. وجه القياس أنه عقد معاوضة ولم ينعقد فيه العوض والمعوض، فلم يصح وله أجر المثل إذا عمل. وجه الاستحسان أن الأجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه عن البدل معلوم فلا تبقى الجهالة في المعقود عليه ولا في بدله.

م: (وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر) ش: وهو زهر القرطم م: (فبدرهم) ش: أي فأجرتك تكون بدرهم م: (وإن صبغته بزعفران فبدرهمين) ش: بفتح الزاي والفاء جميعا م: (وكذا إذا خيره) ش: أي وكذا يصح إذا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٠٩

خير الأجير المستأجر م: (بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة) ش: فأي دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة م: (وكذا إذا خيره) ش: أي وكذا يجوز إذا خير المؤجر المستأجر م: (بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا) ش: يلزمه عشرة، وإن سافر إلى واسط يلزمه خمسة.." (١)

"العمل، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر، فصار كما إذا هلك العبد، وجه **الاستحسان** أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما، ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر، ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة – رحمه الله –.

ـــــــو" الجامع الصغير " محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك، وليس للمستأجر أن يأخذ الأجر، انتهى.

وقال الحاكم في " الكافي ": وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى، لأن المستأجر صار ضامنا فلا يجتمع الأجر والضمان، ولكنا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه.

ويجوز الإجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الإجارة، لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى وكذلك الجواب إذا كان قبض الإجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي، وللمولى حصة ما مضى.

م: (وأصله) ش: أي أصل هذا الحكم م: (أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز) ش: الإجارة م: (لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) ش: في العهد فيصير كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب م: (فصار كما إذا هلك العبد) ش: فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر، لأنه ضامن بالغصب، والأجر بالضمان لا يجتمعان. وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل.

م: (وجه **الاستحسان** أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك) ش: أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الأجرة، لأنه هو العاقد وقبض البدل، ومتى صح قبضه م: (لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) ش: يعني لم يكن له أن يرد الأجر منه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٢٢/١٠

وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصبا.

م: (ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة – رحمه الله –) ش: قيد بقوله فأجر العبد نفسه، لأنه لو أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك وضمان على الغاصب بالأكل باتفاق.." (١)

"وقالا هو ضامن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده. وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه؛ لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا؛ لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر.

ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز، والأول منهما بأربعة؛ لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز.

ـــــــوعند الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجر العبد نفسه، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى، لأنه هو العاقد م: (وقالا: هو ضامن، لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر) ش: أشار به إلى وجه **الاستحسان** المذكور آنفا، وبه قالت الثلاثة – رحمهم الله –.

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة – رحمه الله – م: (أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز، لأن التقوم به) ش: أي تقوم المال يثبت بالإحراز م: (وهذا) ش: أي هذا المال م: (غير محرز في حق الغاصب، لأن العبد لا يحرز نفسه عنه) ش: أي عن الغاصب م: (فكيف يحرز ما في يده) ش: وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه، ويد الغاصب ليست لهما، ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب.

فإن قيل: الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والإحراز فيه.

أجيب: بأنه تابع للأم لكونه جزءا منها وهي محرزة، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة.

م: (وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه، لأنه وجد عين ماله) ش: ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع، فإنه يأخذ إذا وجد ولا يضمن بإتلافه عندنا م: (ويجوز

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٣٢/١٠

قبض العبد الأجر في قولهم جميعا، لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) ش: أشار به إلى قوله والنافع مأذون فيه، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه.

[استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة]

م: (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما) ش: أي والشهر الأول من الشهرين م: (بأربعة، لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز) ش: أي طلبا لصحة العقد، كما لو سكت عليه فقال استأجرت عبدك هذا شهرا هكذا فإنه ينصرف إلى ما يليه تحريا لصحة العقد، فكذا هذا.." (١)

"وإن عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى.

قال: ويصح شرط الخيار في الإجارة. وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يصح

بالاستحسان الضروري، والمستحسن لا يورد الانقضاء على القياس، كذا في " المبسوط " و" الذخيرة ".

ونوقض أيضا بموت الكل فإنه ينفسخ بموته مع أنه غير العاقد.

وأجيب: بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد، حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقت لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه، وقيل في جوابه وهو أحسن وهو أنا قد قلنا إن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم تلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد، لأن العكس غير لازم في مثله.

وفي " الخلاصة ": أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تنفسخ الإجارة. وفي الأجناس إذا أجر الأب أرض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها، ويبطل بموت الصبي والمستأجرة. وقال الكرخي في " مختصره ": وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الإجارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت.

وفي " الأجناس ": لو أجر الواقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة. وفي " الذخيرة ": القياس أن يبطل وبه أخذ أبو بكر الإسكاف. وفي **الاستحسان** لا تبطل؛ لأنه أجر لغيره كالوكيل. وفي " الأجناس ": ولو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى إلى أن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٣٣

يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضي، فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة، وإن شاء فسخ الإجارة.
وفي كتاب " الشروط " لمحمد بن الحسن: لو مات المكاري في مصر من الأمصار وركب المستأجر ضمن إن هلك الإبل إلا بإذن القاضي.
م: (وإن عقدها) ش: أي الإجارة م: (لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى) ش: وفي بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا، وأراد به قوله: لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة.... إلى آخره.

[شرط الخيار في الإجارة]
م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ويصح شرط الخيار في الإجارة) ش: ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يصح) ش: شرط الخيار، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان. ولو كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه: في وجه لا يثبت فيها الخياران وفي وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط، كذا." (١)
"قال: ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد. وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي - رحمه الله - للجهالة، وقد يفضي ذلك إلى المنازعة. وجه **الاستحسان** أن المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي ذلك إلى المنازعة. وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر. قال: وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود؛ لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء.
ـــــــQجلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول.
والطحاوي - رحمه الله - مال إلى وجه القياس، وقال: القياس عندي أولى من **الاستحسان**، وقد علل الشراح في وجه **الاستحسان** بأن هذه ليست بإجارة، وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل، وهذا مخالف لما ذكره المصنف، فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، ولكن قوله فهذا لوجاهته يقبل، وهذا لحذاقته يعمل النسب رشركة التقبل على ما لا يخفى، ثم إن هذا إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٤٥

[استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة]

م: (قال: ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا) ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية وهو الزوج من المحارة يعقد في كل واحد شخص. وفي المغرب بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وعلى العكس الهودج الكبير الحجاجي م: (وراكبين إلى مكة جاز) ش: هذا العقد م: (وله) ش: أي للمستأجر.

م: (المحمل المعتاد) ش: أراد أنه يتعين المحمل المعتاد بين الناس م: (وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي - رحمه الله - للجهالة) ش: وأحمد في الطول والعرض والثقل م: (وقد يفضي ذلك إلى المنازعة) ش: فلا يجوز.

م: (وجه **الاستحسان** أن المقصود هو الراكب وهو معلوم) ش: لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب م: (والمحمل تابع) ش: للراكب م: (وما فيه) ش: أي في المحمل م: (من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف) ش: أي إلى المحمل المتعارف م: (فلا يفضي ذلك إلى المنازعة) ش: فيجوز م: (وكذا) ش: أي يجوز أيضا م: (إذا لم ير) ش: أي الجمال م: (الوطاء) ش: بكسر الواو وبالمد وهو الفراش م: (والدثر) ش: بضم الدال والثاء المثلثة جمع. وقال وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره م: (قال: وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود، لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء) ش: لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلا.

وفي " المحيط ": استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطاء والدثر ولم ير الجمال الوطاء والدثر وعلى الآخر زاملته عليه كذا مختوما من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الحبل." (١)

"بخلاف السلم على أصلنا؛ لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه. ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا، بخلاف السلم؛ لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق.

قال: وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي - رحمه الله - يخالفنا فيه، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء؛ لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٥٦

ــــــــQولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد.

م: (بخلاف السلم على أصلنا، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه) ش: لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه م: (ولأن مبنى الكتابة على المساهلة) ش: لأنه عقد كرم، إذ العبد وما يملكه لمولاه م: (فيمهله المولى ظاهرا، بخلاف السلم، لأن مبناه) ش: أي مبنى السلم م: (على المضايقة) ش: والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه م: (وفي الحال كما امتنع من الأداء) ش: أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب م: (يرد في الرق) ش: بالتراضي أو بقضاء القاضي، بخلاف المسلم.

[كتابة العبد الصغير]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ش: أراد من قوله يعقل يعلم أن السر إيجاب سالب البيع والشراء، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوسا وأخذ الحلوى ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل.

وإن أخذ الحلوى ولم يسترد فلوسه فهو عاقل، كذا نقل عن السلف. قال تاج الشريعة وفي (شرح الطحاوي: وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إداركه، فإن أدى هذا القابل عتق. والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر - رحمه الله - وفي " **الاستحسان** " ليس له ذلك.

م: (والشافعي - رحمه الله - يخالفنا فيه) ش: أي في الحكم المذكور. وفي بعض النسخ يخالفنا في ذلك م: (وهو) ش: أي هذا الخلاف منه م: (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) ش: فإنه لا يجوز عنده فلا يصح الأول له. وعندنا يجوز، لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن م: (وهذا) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد) ش: لأن العقد لا ينعقد بدون القبول.

م: (حتى لو أدى عنه) ش: أي عن الغير غير المميز م: (غيره لا يعتق) ش: لأن أداء البدل إنما." (١) "ويسترد ما دفع.

قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق، فإن هذه مكاتبة؛ لأنه أتى بتفسير الكتابة.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٦٧

ولو قال: إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة. وفي نسخ أبي حفص - رحمه الله - لا تكون مكاتبة

ــــــــيتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل م: (ويسترد ما دفع) ش: من المال، لأنه أداء بسبب باطل.

[ألزم عبده بألف يؤديها نجوما فإن أداها فهو حر وإلا فهو رقيق]

م: (قال: ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة، لأنه أتى بتفسير الكتابة) ش: هذه من مسائل " الجامع الصغير "، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لعبده إلى آخره. وقوله: لأنه أي لأن المولى.

وفي " الكافي ": صح استحسانا، والقياس أن لا يصح، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها، فبقي قوله: قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة، وقوله: إن أديت فأنت حر تعليق.

وجه **الاستحسان** أن العبرة في العقود للمعاني، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرط المضاربة إقراض، وقد وجد معنى الكتابة هنا، لأن معنى الكتابة سنة، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح، فعند التفسير أولى ولا بد من قوله: فإذا أديت فأنت حر.

بخلاف قوله: كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا إلى ذكره، لأن قوله: جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين إلا بقوله: فإذا أديت فأنت حر، بخلاف قوله: كاتبتك، فإن الاحتمال يتقدم هاهنا. وأما قوله: إن عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج إليه ولا في قوله كاتبتك. وإنما ذكره للتفسير والحث على أداء المال عند النجوم.

[قال لعبده إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر]

م: (ولو قال: إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان، لأن التنجيم يدل على الوجوب) ش: لأنه يستعمل التيسير، وذا إنما يكون عند الوجوب، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئا م: (وذلك بالكتابة) ش: أي وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة، وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني صاحب الإمام محمد بن الحسن وكانت وفاته بعد المائتين

من البحرق ونسبته إلى جوزجان مدينة بخراسان مما يلي بلخ.

م: (وفي نسخ أبي حفص - رحمه الله - لا تكون مكاتبة) ش: أي وفي رواية: لا تكون." (١)

"قال: فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه فبطل الشرط وصح العقد؛ لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة، وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة؛ لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

[شرط المولى على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة]

م: (قال) ش: أي في " الجامع الصغير ": م: (فإن شرط عليه) ش: أي فإن شرط المولى على المكاتب م: أن لا يخرج من الكوفة) ش: هذا ليس بقيد، بل الحكم في غير الكوفة كذلك، وتخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها م: (فله أن يخرج استحسانا) ش: وبه قال الشافعي. وفي قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط، فبالشرط أولى وهو القياس.

وأشار إلى وجه **الاستحسان** بقوله م: (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد) ش: أي الاستقلال، يقال فلان استبد برأيه أي انفرد م: (وثبوت الاختصاص بنفسه) ش: أي اختصاص العمل في الكوفة م: (فبطل الشرط) ش: أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة م: (وصح العقد) ش: أي عقد الكتابة، وهذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع.

فقال وصح العقد م: (لأنه شرط) ش: أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطا م: (لم يتمكن في صلب العقد) ش: لأن الداخل في صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك؛ لأنه شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله م: (وبمثله) ش: أي بمثل هذا الشرط م: (لا تفسد الكتابة) ش: وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحو ما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانا، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها مادامت مكاتبة ونحو ذلك.

م: (وهذا) ش: أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسدا وبين كون الشرط الغير

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٦٨/١٠

المتمكن غير مفسد م: (لأن الكتابة تشبه البيع) ش: من حيث إنها تحمل الفسخ في الابتداء م: (وتشبه النكاح) ش: أي تشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه الهبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء.

قال تاج الشريعة: تشبه البيع من حيث إنها معاوضة ولا تصح بدون البدل، ويحتمل الفسخ قبل الأداء، ويشبه النكاح من حيث إنها معاوضة مال بغير مال م: (فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة) ش: بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب م: (لأنه في البدل) ش: أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد م: (وبالنكاح) ش: أي ألحقناه بالنكاح م: (في شرط لم يتمكن في صلبه) ش: أي في صلب العقد." (١)

"لأنه تبرع ابتداء. فإن زوج أمته جاز؛ لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال: وكذلك إن كاتب عبده والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله -؛ لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال. **وجه الاستحسان** أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع؛ لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله، ولهذا يملكه الأب والوصي،

ــــــــQلأنه تبرع ابتداء) ش: والتبرع غير داخل في عقد الكتابة م: (فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر، فدخل تحت العقد) ش: أي عقد الكتابة، وكذا له أن يوكل بتزويجها، بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز.

فإن قلت: فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يجوز.

قلت: لأن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ثبوت ولاية الاستبداد به ا بالتزويج. ولأنه عيب، فربما يعجز، فينبغي هذا العيب من ملك المولى.

فإن قلت: فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع هذا لا يجوز.

قلت: نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته. ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيرا جديدا فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته. ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فعن أبي يوسف أنه لا يجوز، وفي ظاهر الرواية لا يجوز.

م: (قال وكذلك إن كاتب عبده) ش: أي يجوز، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل الظاهر م: (والقياس

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٨٨

أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي – رحمهما الله – ش: وقول أحمد – رحمه الله – م: (لأن مآله العتق) ش: أي مآل عقد الكتابة العتق م: (والمكاتب ليس من أهله) ش: أي من أهل العتق م: (كالإعتاق على مال) ش: أي إذا قال المكاتب لعبده أد إلي ألفا وأنت حر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لأن الكتابة بالمال كالتعليق.

م: (وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع) ش: أي كما يملك تزويج أمته والبيع والشراء؛ لأنه عقد اكتساب للمال م: (وقد يكون هو) ش: أي عقد الكتاب م: (أنفع له من البيع؛ لأنه) ش: أي لأن عقد الكتابة م: (لا يزيل الملك) ش: أي ملك المولى عن العبد المكاتب م: (إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله) ش: أي البيع يزيل الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه، فلما ملك البيع فالكتابة أولى م: (ولهذا يملكه الأب والوصي) ش: أي ولأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه بملك الأب الصغير أو وصيه أن يكاتب عبده الصغير.." (١)

"هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة،

ــــــــويجوز أن يزوج الأمة، ويجوز أن يدفع المال مضاربة، إلى هنا لفظ الكرخي وذكر تزويج الإماء للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى، وكذلك أثبته القدوري – رحمه الله – في شرحه.

وفي شرح " الكافي ": ولأحد المفاوضين أن يكاتب عبدا من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الأمة، وليس لشريك العنان أن يزوج الأمة ولا أن يكاتب، وكذلك المضارب.

وقال الفقيه أبو الليث في شرح " الجامع الصغير " فهؤلاء الأصناف الأربعة لا يجوز عتقهم عن مال، ويجوز كتابتهم. وفي الاستحسان وفي قول بشر لا تجوز كتابتهم، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالاتفاق. انتهى. وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب، ثم قال الفقيه ولو كان عبدا مأذونا أو شريك عنان أو مضاربا زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله– ويجوز في قول أبي يوسف – رحمه الله –، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالاتفاق. ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالاتفاق.

وفي شرح الطحاوي: الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد. وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٩١

والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله– لا يجوز، وعند أبي يوسف يجوز، انتهى. فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة.
م: (هو قاسه) ش: أي أبو يوسف – رحمه الله – قاس المأذون في جواز تزويج الأمة م: (على المكاتب) ش: حينئذ يجوز له تزويج الأمة م: (واعتبره بالإجارة) ش: أي اعتبر التزويج بالإجارة، فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته.
فإن قلت: لم اختار لفظ القياس في الأول والاعتبار في الثاني.
قلت: نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال: استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذا لكل منهما، فك الحجر وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك. وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين، بخلاف التزويج، فكان استعمال لفظ الاعتبار أليق.
وقال صاحب العناية: فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين." (١)
"وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – لأنها أم ولد خلافا لأبي حنيفة – رحمه الله – وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد؛ لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه.
ـــــــQقال ابن حزم: روينا من طريق قاسم بن أصبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الحريري عن عكرمة عن «ابن عباس قال: " لما ولدت مارية أم ابراهيم – رضي الله عنها – قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: " أعتقها ولدها» ثم قال ابن حزم: وهذا خبر جيد السند كل رواته ثقات. وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه في باب الاستيلاد.
م: (وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب) ش: يعني لم يجز بيعها م: (في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – ولأنها أم ولد، خلافا لأبي حنيفة – رحمه الله – وله) ش: أي ولأبي حنيفة – رحمه الله – م: (أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف) ش: أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولي.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٣٩٥

ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشرائها ولا تصح تبرعاته فعلم أنه لا ملك له م: (فلا يتعلق به) ش: أي بكسبه م: (ما لا يحتمل الفسخ) ش: وهو الاستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ، وكلاهما لا يجوز. والتحرير أن كسبه موقوف وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعا للأدنى.

م: (إلا أنه يثبت هذا الحق) ش: وهو امتناع البيع م: (فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته) ش: أي لثبوت امتناع البيع م: (في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت) ش: هذا الحق م: (يثبت ابتداء) ش: أي في ابتداء الأمر م: (والقياس ينفيه) ش: يعني لا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها الولد.

فإن قلت: القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم.

قلت: ليس بتحكم وإنما هو من باب **الاستحسان** بالأثر، وهو قوله – عليه السلام –: «أعتقها." [(١)]

"لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا، ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير. وجه **الاستحسان** أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا، فلا يكون ربا.

ـــــــو" الحلية " وبه قال أبو يوسف وزفر.

م: (لأنه اعتياض عن الأجل) ش: أي لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، لأن الأجل غير مال، وهو معنى قوله م: (وهو ليس بمال والدين مال، فكان ربا) ش: لأن الكتابة عقد معاوضة، وهذا لا يجوز في عقد المعاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك عين الربا.

لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز، لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا.

م: (ولهذا) ش: أي ولكونه ربا م: (لا يجوز مثله) ش: أي مثل هذا الصلح م: (في الحر) ش: بأن كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وقد مر في الصلح، م: (ومكاتب الغير) ش: بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز.

م: (وجه **الاستحسان** أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) ش: أي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٤٠١

على الأداء البدل إلا بالأجل. م: (فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به) ش: أي ببدل الكتابة، فلو كان مالا من كل وجه لصحت الكفالة به م: (فاعتدلا) ش: إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الأجل ومال الكتابة تحرير بأن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به، وبدل الكتابة مال من وجه.

ألا ترى أنه لا يصلح نصابا للزكاة، والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئا فصار كالحقوق التي ليست بمال، ولهذا لا تصح الكفالة به، فإذا كان مالا من وجه والأجل أيضا مال من وجه فاستويا م: (فلا يكون ربا) ش: لوجود الاعتدال وهو المساواة وبه قال أحمد.

قيل: فيه نظر من وجهين، الأول: أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الأجل غير متصور. الثاني: أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى.

أما لفظا فلأن أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام، وأما معنى فلأنه قال: الأجل في حق المكاتب مال من وجه، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه." (١)

"باب من يكاتب عن العبد قال: وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم، فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتبا؛ لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة، ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا؛ لأنه لا شرط والعقد موقوف. وفي **الاستحسان** يعتق؛ لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم، ويتوقف في حق لزوم الألف

ـــــــــــQ

[باب من يكاتب عن العبد]

م: (باب من يكاتب عن العبد) ش: أي هذا الباب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخيره عن تصرفات الأصيل ظاهر البيان.

م: (قال) ش: أي في " الجامع الصغير ": م: (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) ش: أي يصير مكاتبا وقوله عن عبد، أي قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة عن العبد فضوليا، وقيد بالحر احترازا عن المسألة التي تليها.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٤١٧

م: (وصورة المسألة) ش: أي المسألة المذكورة م: (أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه) ش: أي بأداء الحر، وذا يصح من غير قبول العبد ولا يعلم فيه خلاف. م: (بحكم الشرط) ش: لأنه تعليق العتق بأداء الألف م: (وإذا قبل العبد صار مكاتبا) ش: خلافا للثلاثة، فإن عندهم يبطل العقد ولا يتوقف م: (لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته) ش: أي على إجازة العبد م: (وقبوله إجازة) ش: لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة، فإن قبله كان هذا إجازة منه، فيصير مكاتبا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد.

م: (ولو لم يقل على أني) ش: أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على أني م: (إن أديت إليك ألفا فهو حر) ش: بل قال كاتبه على ألف فقال: فعلت عليه.

م: (فأدى) ش: أي فأدى الحر الألف م: (لا يعتق قياسا) ش: وبه قالت الثلاثة م: (لأنه لا شرط) ش: حتى يعتق بوجوده م: (والعقد موقوف) ش: على إجازة العبد، فإن أجاز جاز لما قلنا. م (وفي **الاستحسان** يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق) ش: أي في توقف العتق م: (بأداء القائل فيصح) ش: أي العقد م: (في حق هذا الحكم، ويتوقف في حق لزوم الألف." (١)

"قال: وإذا كاتب العبد عن نفسه، وعن عبد آخر لمولاه، وهو غائب، فإن أدى الشاهد، أو الغائب عتقا، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب، وهذه الكتابة جائزة استحسانا. وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه. **وجه** **الاستحسان** أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعا، حتى عتقوا بأدائها. وليس عليهم من البدل شيء.

Q———

[كاتب المولى عبدا عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب]

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (وإذا كاتب العبد) ش: أي إذا كاتب المولى عبدا م: (عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب) ش: بجر غائب؛ لأنه صفة لقوله عبد آخر م: (فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ش: أي الشاهد والغائب جميعا. م: (ومعنى المسألة) ش: أراد شرح المسألة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٢٢/١٠

المذكورة المنقولة من " الجامع الصغير " م: (أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا. وفي القياس تصح) ش: أي الكتابة.

م: (على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه) ش: كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعهما. وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب.

م: (وجه **الاستحسان** أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة، كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها، وليس عليهم من البدل شيء) ش: فإذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة، ولا يعتبر رده الكتابة إجازة.

ولو اكتسب شيئا لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح، إذ ليس عليه شيء من البدل، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعا، كذا ذكره المحبوبي وغيره.

فإن قيل: ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه، حتى إن المولى لو أعتق الأولاد، لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد، إذ لا عتق لمولى الأم، بخلاف العبد الغائب، فإنه مقصود بالكتابة من وجه، حيث أضيف العقد إليهما مقصودا، حتى إن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة، ولا يعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة، ويجب على الحاضر حصته لا غير، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ مما هو مقصود من وجه بلا توقف.

فالجواب: أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها القياس.

وأما في **الاستحسان** فالنظر إلى ثبوت العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون." (١)

"وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر، فله أن يأخذه بكل البدل؛ لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه.

قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول، أما الحاضر فلأن البدل عليه، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه. قال: وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه؛ لأن الحاضر قضى دينا عليه

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٠/٤٢٤

ـــــــــهفيه جهة أصالة أو لا تصحيحا للعقد، ونظر المكاتب، ولاشتماله على المسامحة.

م: (وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله) ش: أي فللمولى م: (أن يأخذه) ش: أي أن يأخذ العبد الحاضر م: (بكل البدل؛ لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه، ولا يكون على الغائب من البدل شيء؛ لأنه تبع فيه) ش: أي في العقد. وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه.

م: (قال) ش: أي في " الجامع الصغير ": م: (وأيهما أدى عتقا) ش: أي الشاهد والغائب، قيل: هذا تكرار؛ لأنه قال في أول المسألة، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا.

وأجيب: بأنه أعاده تمهيدا لقوله م: (ويجبر المولى على القبول) ش: وفي القياس لا يجبر في الغائب، وبه قالت الثلاثة، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل، ولكن **الاستحسان** أن يجبر عليه حتى يعتقا جميعا بأداء الغائب، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر.

وفي " جامع المحبوبي ": إلا أنه يقبل منه المال حالا ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب.

وأشار المصنف إلى وجه **الاستحسان** بقوله م: (أما الحاضر فلأن البدل عليه، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، وإن لم يكن ا لبدل عليه، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين) ش: بأن استعار إنسان من آخر شيئا ليرهن ثم أدى المعير الدين.

م: (يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه) ش: وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه.

م: (وإن لم يكن الدين عليه) ش: أي على معير الرهن، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه؛ لأنه محتاج إلى استفادة الحرية.

م: (قال: وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى دينا عليه) ش: ومثله لا يرجع م:." [1]

"فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه؛ لأنه لم يملكه، وهذا؛ لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة؛ لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٢٥/١٠

فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث،

وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه؛ لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه،

والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب

ـــــــQوقال الطحاوي في " مختصره ": ومن مات وله مكاتب كاتب المكاتبة التي على المكاتب موروثة من مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواها، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته.

وقال الأسبيجابي في " شرحه ": المكاتب لا يورث وإنما يورث ما في ذاته من الكتابة فإن أدى وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى إنه يرثه المذكور من عصبة الميت دون الإناث.

[هل ينفذ عتق أحد الورثة للمكاتب]

م: (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه؛ لأنه لم يملكه) ش: أي لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه. وفي شرح " الأقطع ": وقال الشافعي - رحمه الله - ينفذ عتقه، وهذا الخلاف فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك.

وقال الشافعي - في أحد قوليه -: يجوز م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بسبب الوراثة) ش: فإن لم يملك لم يصح عتقه؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم م: (وإن أعتقوه جميعا) ش: أي مجتمعين م: (عتق) ش: استحسانا، والقياس أن لا يعتق هنا أيضا؛ لأنه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم، غير أن **الاستحسان** جوزه فصح م: (وسقط عنه بدل الكتابة؛ لأنه) ش: أي لأن عتقهم جميعا م: (يصير إبراء عن بدل الكتابة) ش: هذا **وجه الاستحسان** م: (فإنه) ش: أي بدل الكتابة م: (حقهم وقد جرى فيه الإرث) ش: أي في بدل الكتابة فلهم أن يتركوا حقهم.

[برئ المكاتب عن بدل الكتابة]

م: (وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق، كما إذا أبرأه المولى) ش: فإنه كان يسقط ويعتق، فكذلك هاهنا م: (إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة) ش: وهذا جواب عما يقال اجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال: م: (لا يصير) ش: أي إعتاق أحد الورثة، وفي بعض النسخ لا يكون م: (إبراء عن نصيبه؛ لأنا نجعله إبراء) ش: أي لأنا نجعل إعتاق الكل إبراء م: (اقتضاء) ش: أي بطريق الاقتضاء هم يجعلون غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق م: (تصحيحا لعتقه) ش: لأنه لا يتصور من الورثة إلا بهذا الطريق؛ لأنهم ما ملكوا

فجعل إعتاقهم إبراء للبدل تصحيحا لتصرفهم وصونا لكلامهم عن الإلغاء.

م: (والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض) ش: أي الإعتاق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض بدل الكتابة م: (وأدائه) ش: أي أو أداء بعض البدل وقوله م: (في المكاتب) ش: يرجع إلى." [1]

"ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الإكراه

ـــــــــالاعتراض.

وإن كان الزوج غير كفؤ فللأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة لعدم الكفاءة ونقصان المهر، وعندهما لعدم الكفاءة لا غير، هذا خلاصة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -.

م: (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) ش: أي طلق أو أعتق م: (جاز استحسانا) ش: أي يقع الطلاق والعتاق بفعل الوكيل. وفي القياس لا يقع، وبه قالت الثلاثة لأن القياس أن لا تصح الوكالة بالإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه وما لا فلا، لأنهما ينفيان الرضى، والوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه.

م: (لأن الإكراه) ش: إشارة إلى بيان **وجه الاستحسان**، تقريره أن الإكراه م: (مؤثر في فساد العقد) ش: فكان كالشرط الفاسد م: (والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) ش: فالإكراه لا يؤثر في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضى فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فإنه يفسد العقد ولا يمنع عن الانعقاد، وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط فلأنهما من الإسقاطات إذ الموكل يسقط حقه بالتعويض إليه، فإذا لم تبطل الوكالة ينفذ تصرف الوكيل.

م: (ويرجع على المكره) ش: بكسر الراء بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد م: (استحسانا) ش: والقياس أن لا يرجع عليه، لأن الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل، فلا يضاف التلف إليه كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا يعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا.

وجه الاستحسان هو وقوله م: (لأن مقصود المكره) ش: بالكسر م: (زوال ملكه إذا باشر الوكيل) ش:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٥٩/١٠

فكان الزوال مقصودا فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه م: (والنذر لا يعمل فيه الإكراه) ش: يشير بهذا إلى بيان ما يعمل فيه الإكراه، وإما لا يعمل وضابط ذلك أن كل ما يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه، فإذا كان كذلك يصح النذر مع الإكراه بأن أكرهه بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوما أو حجا أو مثل ذلك لزمه كله خلافا للثلاثة.." (١)

"قال: وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد. ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك، فإن قالت المرأة: قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا؛ لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي

ــــــــوقيل: من قبيل اختلاف الحكم، ثم في كل موضع يجب الحد على المكره لا يجب لها المهر، لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر، لأن الوطء في غير الملك لا ينتقل عن أحدهما، فإذا سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل، سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك، أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها. وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء، فكان إذنها كفؤا لكونها محجورة عن ذلك شرعا.

[من أكره على الردة هل تبين منه امرأته]

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه، لأن الردة تتعلق بالاعتقاد) ش: يعني الردة تكون بتبدل الاعتقاد م: (ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك) ش: لأن الإيمان ثابت باليقين والردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر بالارتداد كرها م: (فلا تثبت البينونة بالشك) ش: لأنها تترتب على وجود الردة من غير شك، والمترتب على ما شك فيه لا يثبت، ويجوز أن يكون قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد دليلا مستقلا. وقوله: وفي اعتقاد الكفر شك دليلا آخر.

وجه الأول تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل، وهو الإكراه.

ووجه الثاني: أن الرد باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لأنه أمر معين لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف من صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك.

م: (فإن قالت المرأة: قد بنت منك) ش: أي فإن اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقدت بقلبك الكفر

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦٦/١١

حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالإكراه وبنت منك م: (وقال هو) ش: أي الزوج م: (قد أظهرت ذلك) ش: أي الكفر بلساني خوفا من القتل م: (وقلبي مطمئن بالإيمان) ش: ولم يتبدل اعتقادي م: (فالقول قوله استحسانا) ش: فيبن به، لأن في القياس القول قولهما حتى يفرق بينهما، لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق، فيستوي فيه الطائع والمكره، وأشار إلى وجه **الاستحسان** بقوله.

م: (لأن اللفظ) ش: يعني كلمة الكفر م: (غير موضوع للفرقة) ش: يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق م: (وهي)." (١)

"ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماض، ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه. ولو قال: أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء، لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره، وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد - عليه الصلاة والسلام - ففعل، ـــــــوالاستحسان في المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتدا يجبر على الإسلام ولا يقتل استحسانا للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء.

م: (ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض) ش: هذا معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك، يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض، يعني خطر ببالي كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذابا م: (ولم أكن فعلت) ش: ذلك فيما مضى.

م: (بانت منه حكما لا ديانة) ش: يعني تقع البينونة بينهما قضاء لا ديانة، يعني لا تبين منه فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه ادعى ما يحتمله لفظه م: (لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه) ش: هذا دليل وقوع البينونة حكما لا ديانة لأن من أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي، لأنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية.

م: (ولو قال أردت ما طلب مني) ش: يعني قال خطر ببالي الإخبار عن الكفر بالماضي والكذب، ولكن لم أرد ذلك، بل أردت ما طلب مني، يعني من الكفر يعني أردت كفرا مستقبلا جوابا لكلامهم م: (وقد خطر ببالي) ش: أي والحال أنه قد خطر ببالي م: (الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء) ش: يعني فيما بينه وبين الله وفي قضاء القاضي، لأن إنشاء الكفر بمنزلة إجراء كلمة الكفر طائعا فيحكم بكفره قضاء وديانة فبانت امرأته قضاء وديانة م: (لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر) ش: يعني منشئا إياه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦٩/١١

م: (هازل به حيث علم لنفسه مخلصا) ش: وهو أن ينوي الخبر عن الكفر في الزمان الماضي كاذبا من غير إظهار ذلك م: (غيره) ش: أي غير ابتداء الكفر وإنشائه. وهاهنا وجه ثالث، وهو أن يقول لم يخطر ببالي شيء ولكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن لم تبن منه امرأته استحسانا ذكره في " المبسوط " و" الذخيرة ".

م: (وعلى هذا) ش: أي على التفصيل المذكور م: (إذا أكره على الصلاة للصليب) ش: أي يسجد له م: (وسب محمد - عليه الصلاة والسلام -) ش: أي إذا أكره على سب محمد - صلى الله عليه وسلم -: م: (ففعل)." (١)

"ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله.

قال: فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القرآن لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما، فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - لا يجزئه غيرها

ـــــــQفإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فإنه يصح مع القدرة عليها.

أجيب: بأن الاستطاعة منتفية لأن دلائل الحجر لا توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم مع السعاية لا يقع العتق من الظهار.

م: (ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله) ش: كالزكاة، وحجة الإسلام، ونحوهما، لأنه مخاطب، وبسبب الفساد لا يتحقق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه.

[أراد السفيه أن يحج حجة الإسلام]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) ش: أي من الحجة وليس فيه خلاف م: (لأنه) ش: وفي بعض النسخ لأنها، أي لأن حجة الإسلام، وعلى الأول، أي لأن الحج م: (واجب عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه، ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى الثقة من الحاج ينفقها عليه

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٧١/١١

في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه. ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) ش: وفي " القياس " يمنع، لأن التمر عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعد حجة الإسلام، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله: م: (لاختلاف العلماء في وجوبها) ش: فإنها عند الشافعي فرض والأخبار متعارضة فيها، والظاهر قوله تعالى ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة: ١٩٦] (سورة البقرة: الآية ١٩٦) ، فلهذا أخذ بالاحتياط في أمر الدين وهو من جملة النظر، فإن جنى جناية فإن كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا، وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح.

م: (بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج) ش: يعني يمنع من ذلك م: (ولا يمنع من القرآن، لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما) ش: أي من الحج والعمرة م: (فلا يمنع من الجمع بينهما، ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف) ش: فالخلاف في غير البدنة لا في السوق م: (إذ عند عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - لا يجزئه غيرها) ش: أي غير البدنة، وعندنا يلزم القارن هدي وتجزئه الشاة، ولكن البدنة فيه أفضل أخذا بالاحتياط في أمر الدين، ويكون فعله أقرب إلى فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - فلا يمنع عن سوق البدنة.." (١)

"قال: وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه. وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - استحسان، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين.

ـــــش: لكن الحبس مشروع بالإجماع، فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع، وهذا لا ينقلب. ولأن حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على الدائن لما خير حقه، لأن للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي.

م: (قال: فإن كان دينه دارهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه، وإن كان دينه دارهم وله دنانير أو على ضد ذلك) ش: بأن كان دينه دنانير وله دارهم م: (باعها القاضي في دينه، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - استحسانا) .

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/١٠٥

ش: إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان ذلك بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله، لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض، فكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا، لأنه نوع من البيع، وهو بيع الصرف م: (والقياس أن لا يبيعه كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا) ش: أي من غير قضاء، بخلاف ما لو ظفر بحبس حقه.

م: (**وجه الاستحسان** أنهما) ش: أي الدراهم والدنانير م: (متحدان في الثمنية والمالية) ش: ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة م: (مختلفان في الصورة، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين) ش: تقريره: أن بالنظر إلى أنهما متحدان في الثمنية يثبت ولاية التصرف للقاضي وللغريم، وبالنظر إلى أنهما متحدان في الثمنية، ومختلفان صورة لا يثبت لهما أصلا، فعملنا بالوجهين وقلنا بولاية التصرف للقاضي دون الغريم، ولم نعكس، لأن ولاية القاضي أقوى من ولاية الغريم، فلما لم يثبت للقاضي فأولى أن لا يثبت للغريم، فيكون فيه إبطال حق الشبهين، فلهذا امتنع العكس.

وتوضيحه: أن من العلماء من يقول: إن لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء، ولا رضاء، وهو ابن أبي ليلى، والقاضي مجتهد، فجعلنا له ولاية." (١)

"لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم.

ـــــــم: (لأن المولى إنما يخلفه) ش: أي إنما يخلف عبد المأذون م: (في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) ش: فكان ككسب غير منتزع، وكالوارث فإنه لا يملك شيئا من التركة إلا بشرط الفراغ من دينه. بخلاف الولد؛ لأنه ليس من كسبها كما أن نفسها ليست من كسبها فكذا الولد؛ لأنه حر متولد من عينها فالحق يتعلق بكسبها، حتى لو لحق الدين ثم ولدت يتعلق؛ لأن نفسها تباع في الدين، فكذا ولدها م: (ولا يتعلق) ش: أي الدين م: (بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له) ش: أي للمولى وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك، فإنه إذا لم يكن على العبد دين فما أخذه المولى منه يكون خالص ملكه، ويلحق بسائر أموال المولى لا حق لغيره فيه.

فإن قلت: يشكل بما إذا كان على العبد دين خمسمائة وله ألف واحدة مع المولى ثم لحقه دين خمسمائة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/١١٨

أخرى فإنه يسترد الألف من المولى وإن كان أخذ الخمسمائة قبل لحوق الدين.

قلت: كل واحد من الخمسمائة صالح لأداء الدين فيكون أخذ المولى الألف بغير حق فيؤخذ منه، وعند الأخذ هنا لا دين عليه.

م: (وله) ش: أي للمولى م: (أن يأخذ غلة مثله) ش: أي غلة مثل العبد، يعني يأخذ من مثله من الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر، والغلة ما يحصل من زرع أرض أو كراها أو أجرة غلام أو نحو ذلك، يقال أغلت الضيعة فهي مغلة م: (بعد الدين) ش: أي بعد لزوم الدين عليه كما كان يأخذها قبل ذلك استحسانا. وفي القياس لا يجوز؛ لأن الدين مقدم على حق المورى في الكسب. وجه **الاستحسان** أن في ذلك نفع الغرماء، وأن حقهم يتعلق بما كسبه ولا يحصل الكسب لإبقاء الإذن في التجارة.

م: (لأنه) ش: أي لأن المولى م: (لو لم يمكن منه) ش: أي من أخذ الغلة م: (يحجر عليه) ش: أي على العبد م: (فلا يحصل الكسب) ش: فيتضرر الغرماء م: (والزيادة على غلة المثل) ش: أي مثل العبد الغني إذا أخذ منه مالا يكون غلة مثله م: (يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها) ش: أي الزيادة؛ لأنه لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة م: (وتقدم حقهم) ش: أي ولتقدم حق الغرماء في تلك الزيادة.." (١)

"قال: ومن قدم مصرا، وقال: أنا عبد لفلان، فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة؛ لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه جائز، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات؛ كيلا يضيق الأمر على الناس،

ــــــــالمشترى، وكذلك بالبيع إن أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول، وإن أرادها البيع الثاني فالمشتري الآخر خصم، وهذا تسليم للشفعة من الشفيع في البيع الأول.

قال الشيخ أبو المعين ولم يذكر محمد - رحمه الله - في " الجامع " قول أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه. قال مشايخ بلخ قوله: مع أبي يوسف فيجعل قول أبي يوسف ما أمكن وهاهنا الإمكان ثابت؛ لأنه لم ينص محمد على خلاف ذلك، قال مشايخ العراق: لا، بل قوله مع محمد؛ لأن ابن سماعة ذكر في نوادره هذه المسألة. وذكر قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله.

[قدم مصرا فباع و ا شترى وقال إنه عبد لفلان]

م: (قال: ومن قدم مصرا) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير "، وإنما ومن قدم ولم يقل وإذا قدم،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٥١/١١

عبد مصرا؛ لأنه لا يعلم كونه عبدا إلا بقوله وإنما ذكر مصرا؛ لأنه لم يرد به مصرا معينا، وإنما أراد مصرا من الأمصار م: (فقال: أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) ش: وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله؛ لأنه أخبر عن شيئين:

أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه.

والثاني: أنه أخبر أنه مأذون في التجارة، وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة.

وجه **الاستحسان** هو قوله: م: (لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه) ش: أشار بهذا إلى أن المسألة على وجهين، أحدهما: أنه يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل، والقياس أن لا يصدق، وبه قالت الثلاثة. والوجه الآخر هو قوله: م: (وإن لم يخبر) ش: أي لم يقل إن مولاه أذن له، بل باع واشترى م: (فتصرفه جائز، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره، والعمل بالظاهر هو الأصل) ش: أي فتصرفه دليل على أنه مأذون فيه، والقياس أن لا يثبت وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه إذا الظاهر أن المحجور على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل.

م: (في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس) ش: توضيحه: أن الناس بحاجة إلى قبول قوله؛ لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبد في التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات، لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين ليشهدا عند كل تصرف، أنه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى. والقياس أن يشترط عدالة المخبر؛ لأن خبر العدل حجة.." (١)

"إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه؛ لأنه لا يقبل قوله في الرقبة؛ لأنها خالص حق المولى، بخلاف الكسب؛ لأنه حق العبد على ما بيناه، فإن حضر وقال: هو مأذون بيع في الدين؛ لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال: هو محجور فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل.

ـــــــQوفي " **الاستحسان** ": لا يشترط للضرورة والبلوى.

م: (إلا أنه لا يباع) ش: استثناء من قوله: ألزمه كل شيء، ومعناه لأنه إذا لم يكن في كسبه، وقالا: يباع في الدين م: (حتى يحضر مولاه؛ لأنه لا يقبل قوله في الرقبة؛ لأنه خالص حق المولى) ش: لأن بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة، ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه، فكانت الرقبة خالص حق المولى، وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع.

م: (بخلاف الكسب) ش: حيث يقضي الدين عنه؛ لأن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/١٧١

م: (لأنه) ش: أي الكسب م: (حق العبد على ما بيناه) ش: أشار به إلى قوله في وسط كتاب المأذون، ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال: إن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد م: (فإن حضر) ش: أي المولى م: (وقال: هو مأذون بيع في الدين) ش: يعني إذا لم يقض المولى دينه م: (لأنه ظهر الدين في حق المولى) ش: أي بقوله إنه مأذون وحكم المأذون أنه يباع في الدين.

م: (وإن قال: هو محجور فالقول قوله) ش: أي قول المولى مع يمينه م: (لأنه متمسك بالأصل) ش: وهو عدم الإذن، وإذا أقامت الغرماء البينة أنه أذن له فحينئذ يباع؛ لأن دعوى العبد الإذن عليه كدعوى العتق والكتابة، فلا يقبل قوله عند جحود المولى إلا بالبينة.

وفي " مبسوط " شيخ الإسلام خواهر زاده: إذا أقامت الغرماء البينة أنه مأذون له والعبد محجور عليه والمولى غائب لا يقبل بينتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين؛ لأنها قامت على غائب، وليس عنه خصم حاضر، وإن أقر العبد بالدين فباع القاضي أكسابه، وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى، وأنكر الإذن فإن القاضي يكلف الغرماء البينة على الإذن، فإن أقاموها وإلا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد، ولا ينقض البيوع، التي جرت من القاضي في كسبه؛ لأن للقاضي ولاية في بيع مال الغائب، ويؤخر حقوق الغرماء، إلى أن يعتق العبد.." (١)

"وقوله: ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسانا، والقياس: أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله، وهكذا عن أبي حنيفة - رحمه الله - رواه الفقيه أبو الليث - رحمه الله -. ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز. وجه **الاستحسان** قوله - عليه الصلاة والسلام - في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها: «أطعموها الأسارى»

ــــــــش: أي فاحفظ الذي يتفرع عليها واستخرجه بالقياس.

م: (وقوله) ش: أي وقول القدوري م: (لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسانا) ش: فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في " المبسوط " أنه يحل بالقضاء؛ لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده؛ لأنه لا يقضي إلا بطلبه.

م: (والقياس أن يكون له ذلك) ش: أي الانتفاع قبل أداء البدل م: (وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن أبي حنيفة، رواه الفقيه أبو الليث) ش: قال الفقيه أبو الليث في باب الغصب بعلامة النون من الواقعات الحسابية رجل غصب لحما فطبخه، أو حنطة فطحنها كان عليه الضمان، فصار ملكا له وحل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧٢/١١

أكله في قوله أبي حنيفة – رحمه الله –؛ لأنه ملكه بالبدل.

وقال محمد: في العيون لا يحل حتى يرضى المالك، وهو وقول أبي يوسف، انتهى.

ونقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلكا، فلما ابتلع ابتلع حلالا عند أبي حنيفة – رضي الله عنه –، وشرط الطيب عنده وجوب البدل، وعندهما أداء البدل، والفتوى على قولهما، انتهى.

وقال الكرخي في مختصره: قال الحسن: قال زفر: إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكا له، وعليه القيمة، وله أن يأكله ويطعمه من شاء رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض، وبه يأخذ الحسن.

م: (ووجهه) ش: أي وجه القياس م: (ثبوت الملك المطلق) ش: بكسر اللام، أي: المجوز م: (للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) ش: لأنه ملكه بوجه محظور، فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد، حيث يصح بيعه. م: (**وجه الاستحسان** قوله – عليه الصلاة والسلام – في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها: «أطعموها الأسارى ") » ش: هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة – رضي الله عنهم –: أحدهما: رجل من الأنصار أخرج حديثه أبو داود في سننه في أول البيوع ثنا محمد بن العلاء أنا ابن إدريس أنا عاصم بن كليب عن أبيه «عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع." (١)

"أو على المبتاع أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته

ـــــــQالطلب منه لأنه لم يبق له يد ولا ملك، فصار كالأجنبي، وذكر الإمام أحمد الطواويسي والشيخ الإمام خواهر زاده يصح استحسانا لأن الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري م: (أو على المبتاع) ش: أي أو على المشتري سواء كانت الدار في يده أو لا؛ لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه م: (أو عند العقار) ش: أي أو يشهد عند العقار لتعلق الحق به م: (فإذا فعل ذلك استقرت شفعته) ش: هذا الطلب مقدر بالتمكن، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته دفعا للضرر عن المشتري؛ لأنه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقص تصرفاته في الدار فيتضرر.

ثم إذا تأخر بعد زمان علم في الليل فأخره إلى الصبح وأقيمت الصلاة ويخاف فوت الصلاة فأخره لا يسقط شفعته وبه قال الشافعي وأحمد.

وفي " المحيط ": لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته، ولو صلى أكثر تبطل. ولو صلى أربعا بعد الجمعة لا تبطل. ولو صلى أكثر من أربع تبطل. وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعا لا تبطل.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٢٠٨

وفي " مبسوط شيخ الإسلام " الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة أن لا يمكنه الإشهاد عن طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبة المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء، وطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين، فلو ترك الأقرب من الثلاثة وقصد الأبعد.

فإن كان حمله في مصر واحد فالقياس أن تبطل شفعته، وفي **الاستحسان** لا تبطل؛ لأن نواحي المصر كناحية واحدة حكما، أما لو كان أحد الثلاثة في مصر والآخر في مصر آخر وفي رستاق فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفعته استحسانا، وقياسا لأنهما لم يجعلا كمكان واحد حكما.

وفي " شرح الكافي " وقالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد لأنه ربما يكون به عذر لا يكون ذلك في طريق آخر.

وقال في " الأجناس " قال في " نوادر ابن رستم " عن محمد إن كان البائع والمشتري بخراسان، والدار بالعراق أن للشفيع أن يخاصم المشتري إذا كان بخراسان ولا تبطل شفعته، وإن كان الشفيع بالعراق عند الدار أشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه أن يأتي خراسان فيخاصم هناك، ولو خرج إلى خراسان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفعته.." (١)

"لأنه ليس بتبع، ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار. وجه **الاستحسان** أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار، وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع. قال: وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرة فأثمر في يد المشتري، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع. قال: فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا؛ لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه، فلا يأخذه. قال في الكتاب: فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته.

قال - رضي الله عنه -: وهذا جواب الفصل الأول؛ لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن، أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع

______ويبقى إلى الجذاذ عندهما، وقول مالك كقولنا م: (لأنه ليس بتبع) ش: للأرض م: (ألا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار) ش: أي فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة، فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر؛ لأنه ليس بتبع، فكذا هذا.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٣٠٦

م: (وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار) ش: حيث تكون تبعا للدار باعتبار الاتصال م: (وما كان مركبا فيه) ش: أي في المشفوع كالأبواب والسوار المزكية م: (فيأخذه الشفيع) ش: أي إذا كان كذلك فيأخذه الشفيع.

م: (قال: وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمرة) ش: أي قال المصنف: وكذلك الحكم إن اشترى الأرض والحال أنه ليس في النخيل ثمر م: (فأثمر في يد المشتري، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه) ش: أي إلى الثمر م: (على ما عرف في ولد المبيع) ش: يعني إذا قدرت ولدت قبل قبض المبيعة المشتري يسري حكم البيع إليه فيكون المشتري كأنه، فكذلك هنا الثمر الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع؛ لأن المشتري كالبائع منه.

م: (قال: فإن جذه المشتري) ش: أي قال المصنف فإن قطعه المشتري، وفي بعض النسخ فإن أخذه المشتري م: (ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) ش: أي فصل ما إذا ابتاع أرضا وفي نخلها ثمر. وفي فصل ما إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري م: (لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه) ش: لأن التبعية كانت فيه وقد زال.

م: (قال في الكتاب: فإن جذه المشتري سقط) ش: أي قال القدوري فإن جذه المشتري سقط م: (عن الشفيع حصته، قال - رضي الله عنه -: وهذا جواب الفصل الأول) ش: أي قال المصنف: هذا الذي ذكره القدوري جواب الفصل الأول، وهو ما إذا ابتاع أرضا على نخلها ثمر م: (لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن، أما في الفصل الثاني) ش: وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمر ثم أثمر في يد المشتري فأخذه م: (يأخذ) ش: أي الشفيع م: (ما سوى الثمر بجميع." (١)

"ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن عن طريق العلو فيه؛ لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار.

قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء

ــــــــQحق متعلق بالمنفعة على التأبيد وهو كنفس البقعة، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو في العلو.

وكان القياس أن يجب فيه الشفعة؛ لأنه لا يبقى على وجه الدوام، وإنما استحسنوا؛ لأن حق الوضع [...] فهو كالعرصة، وقد قال محمد في " الزيادات ": إن العلو إذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٣٤٤

العلو عند أبي يوسف، ولا شفعة عند محمد، فأجرى أبو يوسف حق الوضع وإن لم يكن هناك بناء مجرى الملك؛ لأنه حق ثابت على التأبيد كنفس الملك.

وذكر محمد - رحمه الله - في " الزيادات " أن من باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع، ولم يحك خلافا. قال ابن شاهين: هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة، وأما على قول أبي يوسف فيجب أن لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع، ألا ترى أنه أجراه مجرى العرصة في إيجاب الشفعة، الكل من " شرح القدوري ".

م: (ويستحق به الشفعة في السفل) ش: أي بالعلو الشفعة في السفل بالجوار، وليس بشريك إذا لم يكن بطريق العلو في السفل، كذا في " الإيضاح " م: (إذا لم يكن طريق العلو فيه) ش: أي في السفل، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة، وليس لبيان أن الشفعة لا تجب إذا كان طريق العلو فيه، بل تجب الشفعة ثمة أيضا لكن بسبب الشركة لا بالجوار، حتى يكون مقدما على إيجار الملاصق.

ألا ترى إلى ما نص الكرخي في "مختصره" وقال: لو أن رجلا له علو في دار وطريقه في دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى بالشفعة. انتهى.

وذلك لأنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جاز، والشريك في الطريق أولى من الجار. ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو الجار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل؛ لأن كل واحد مهما جار للعلو والتساوي في الجوار، فوجب التساوي في الشفعة، كذا ذكره القدوري م: (لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار) ش: أي لأن العلو الذي له حق التعلي التحق بالعقار فتجب فيه الشفعة.

[المسلم والذمي في الشفعة سواء]

م: (قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء) ش: وبه قال مالك والشافعي، وأكثر أهل العلم.." (١)

"بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له،

________الشفيع م: (بأخذ المشفوعة) ش: أي يأخذ الدار المشفوعة، يعني إذا أراد أن يأخذ سبب الشفعة م: (يسعى في نقض ما يتم من جهته وهو البيع) ش: لأن الأخذ بالشفعة ضرب شراء، وكونه مشتريا يناقض

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٥١/١١

كونه بائعا فيصير ساعيا في نقض ما يتم به فلا يجوز.

م: (والمشتري لا ينقض شراؤه) ش: أي المشتري في الفصل الثاني: وهو الذي اشترى بالوكالة والحال أنه هو الشفيع لا ينتقض شراؤه م: (بالأخذ بالشفعة) ش: لأنه ليس فيه نقض ما يتم من جهته م: (لأنه) ش: أي لأن الأخذ بالشفعة م: (مثل الشراء) ش: لما قلنا أنه ضرب شراء فلا تناقض فيه، فافهم.

م: (وكذلك) ش: أي كوكيل البائع م: (لو ضمن الدرك) ش: أي لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق م: (عن البائع وهو الشفيع) ش: أي والحال أنه هو الشفيع م: (فلا شفعة له) ش: لأن تمام البيع إنما كان من جهته من حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعيا في نقض ما يتم من جهته فلا يجوز.

قال في " الجامع الكبير ": رجل اشترى دارا على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن المشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع وأمضى المبيع، فهذا كله تسليم للشفعة.

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح " الجامع الكبير " إذا ضاع فضمن الشفيع الثمن من المشتري والشفيع حاضر وقبل في المجلس تقرر البيع بهذا الشرط استحسانا، والقياس أنه لا يجوز.

وذكر محمد القياس **والاستحسان** في كتاب البيوع من " المبسوط ". وأما لا شفعة للشفيع فلأنه صار كالبائع من وجه وكان المشتري من وجه إما كالبائع من وجه؛ لأن البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن، وإما كالمشتري من وجه لأن الشراء يتم به، كذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد، وفي ثبوت حق الشفعة فلا يثبت؛ لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت. فإن قيل: البائع من كل وجه إنما لم يمكن له الشفعة؛ لأن إيجابها يؤدي إلى القضاء؛ لأن البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملكه.." (١)

"وقد شرحناه مشبعا في "كفاية المنتهي " بتوفيق الله تعالى.

وقوله في الكتاب: ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله، والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل

ـــــــوإن كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة فتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة.

وتفسيره أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بينهما يجعلها في قطعة طين،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٣٧٨

ثم يدلكها بين كفيه، حتى تصير مستديرة فتكون شبهة البندقة، كذا في " الذخيرة البرهانية " و " الفتاوى الظهيرية " ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة.

وقال الخصاف في " أدب القاضي " لا يقسم شيء من الدور والعقار حتى يصور ذلك ويعرف ما حولها ما كان ذلك مسارعا إلى الطريق أو إلى دار أو إلى بيوت ثم يميز ذلك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا سبيل، وليسوا على السهام التي يريدوا أن يقسموا عليها، فإذا قطعها على ذلك على أنه من أخرج أولا كان له موضع كذا، وكذا كل سهم يلي الآخر، فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك، وأنه طريقهم ومسيل مياههم ومرافقهم مستوية إلى القاضي بالصورة فوضعها القاضي بين يديه، وكتب رقاعا باسم رجل وامرأة منهم، وجعل كل رقعة منهما في طين وبندقة وقال من خرج سهمه أولا فله موضع كذا إلى موضع كذا، ثم الثاني يلي كذا إلى موضع كذا، ثم الثالث يليه حتى يقرع السهام وقد يطرح البنادق تحت شيء ثم يدخل يده فيخرج واحدة فينظر لمن هي فهو السهم الأول.

وكذا الثاني حتى يقرع ثم يكتب القاضي كتاب القسمة نسختين، نسخة تكون معهم، ونسخة تكون في ديوان القاضي، ويكتب في السجل أنه قسمها بينهم إن كانت قائمة عنده بيمين أو بإقراره إن كانوا أقروا عنده بذلك ويقسم الأثر على وجه، انتهى م: (وقد شرحناه مشبعا في "كفاية المنتهي " بتوفيق الله تعالى) ش: أي قد شرحنا الأصل في ذلك مع كيفيته حال كونه مشبعا، أي مستوفى كاملا من غير ترك شيء فيما يتعلق بهذا الباب.

م: (وقوله في الكتاب) ش: أي قول القدوري في "مختصره " م: (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل) ش: أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان م: (أو لم يمكن) ش: أي إفراز الطريق م: (جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله) ش: أراد عند قوله فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق إلى آخر م: (والقرعة لتطييب القلوب وإزالة تهمة الميل) ش: أي ولإزالة تهمة الميل إلى أحد الشركاء.

وهذا جواب استحسان، والقياس يأباها، لأنه تعليق **الاستحسان** بخروج القرعة وذلك." (١)

"والخامس: بيان نصيب من لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضا بالشرط، فلا بد أن يكون معلوما، وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد. والسادس: أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٣٢/١١

رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية. والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله، لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد.

والثامن: بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما.

ـــــــــ الحديث - رحمهم الله -. وفي المغني، لابن قدامة هو الصحيح، لأنه - صلى الله عليه وسلم - عامل أهل خيبر على أن يعملوها من أقواتهم، فظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المعول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث.

م: (والخامس) ش: أي والشرط الخامس م: (بيان نصيب من لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضا بالشرط، فلا بد أن يكون معلوما، وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد) ش: أي والذي لا شيء لا يستحق حال كونه شرطا بالعقد.

م: (والسادس) ش: أي والشرط السادس م: (أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل، لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية) ش: وهذا ظاهر، وكذا يشترط أن يخلي رب النخيل بينه وبين العامل، حتى إذا شرط عمله مع العامل لا يجوز.

م: (والسابع) ش: أي والشرط السابع م: (الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء) ش: المراد منه أن يشترط العاقدان زمان العقد أن يكون جميع الخارج بينهما إذا حصل، وليس المراد منه حصول حقيقة الشركة في الخارج حين العقد، لأن ذلك لا يكون إلا بعد الخروج، فلا يكون شرطا، لأن شرط الشيء لا بد أن يكون سابقا عليه لتوقفه عليه لا متأخرا م: (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) ش: لأنه إذا شرط بها ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة، والقياس بأن الجواب الإجارة المحضة بأجر معلوم. وعن هذا قلنا: إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بذره من الخارج، والباقي بينهما تفسد المزارعة بلا خلاف.

وشرط صاحب البذر قدر العشر من الخارج والباقي بينهما تصح المزارعة، لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج، وإن قيل يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه يشترط قدر البذر باسم العشر أو الثلث أو ما أشبه ذلك، والباقي بينهما.

م: (والثامن) ش: أي والشرط الثامن م: (بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما) ش: قال شيخ الإسلام: هذا قياس، وفي **الاستحسان** ليس بشرط، وفوض الأمر إلى المزارع، وقال في موضع آخر: بيان جنس البذر

شرط من غير ذكر قياس واستحسان، وهذا أقرب إلى الصواب، إلا إذا أعم بأن قال ما بذلك مكان البذر من جهة العادل. أو قال ما بدا لي وكان البذر." (١)

"وقد مر الوجه في الإجارات. فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين، بخلاف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضرر بالعامل

ـــــــعلى المنافع فيبطل بموت أحد المتعاقدين كالإجارة وفي " المبسوط " و" الذخيرة " هذا جواب القياس. وفي **الاستحسان** يبقى عقدا للزراعة إلى أن يستحصد الزرع، معناه يبقى بلا إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع، لأنا أبقينا العقد نظرا للزارع، لأنه لو لم يبق لقلع ورثة رب الأرض فيتضرر به المزارع ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعاقدين.

وإليه أشار المصنف - رحمه الله تعالى - بقوله: فلو كان دفعها إلى آخره، وعلم أن المراد بقوله: وإذا مات أحد المتعاقدين ما بعد الزرع، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه **الاستحسان**، ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في إطلاق أول المسألة.

وعند الثلاثة يبقى العقد مطلقا م: (وقد مر الوجه في الإجارات) ش: وهو قوله لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز.

م: (فلو كان دفعها في ثلاث سنين) ش: ذكره بالغا، لأنه متضرع على ما قبله، أي فلو دفع الأرض إلى آخر مدة ثلاث سنين م: (فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد) ش: أي لم يجئ أوان الحصاد م: (حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط) ش: استحسانا، والقياس أن لا يثبت للورثة حق الأخذ، لأنه يفسخ العقد بموت العاقد.

قال في " شرح الكافي ": إلا أنا أبقيناه استحسانا لأجل العذر وعقد الإجارة جوز للعذر، فلأن يبقى ببقاء العذر كأن أولى.

ولهذا قلنا: إنه لو استأجر سفينة فلما توسط لجة البحر انتهت مدة الإجارة قدرنا عقد الإجارة مبتدأة بأجر

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٤٨٤

لمكان العذر، فإذا قدر عقدا مبتدأ لأجل العذر فلأن يبقى لأجل العقد كان أولى فإذا أدرك الزرع اقتسم الزرع والورثة على الشرط م: (وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين) ش: أي حق المزارع وحق الورثة.

م: (بخلاف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضرر بالعامل) ش: لأنه لم يثبت له شيء بعد." (١)

"العقار

وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة. وفي " **الاستحسان** ": إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن. وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا

ـــــــQالعقار) ش: فإنه يصير وقفا تبعا للعقار ولا يجوز وقفه بانفراده إلى هنا من كلام الشافعي.

[شرط المدة في المساقاة]

م: (وشرط المدة) ش: أي شرط بيان المدة م: (قياس فيها) ش: أي في عقد المساقاة م: (لأنها إجارة معنى) ش: أي لأن المساقاة إجارة في المعنى، لأنه استئجار للعامل، وفي هذا لا يصير المعقود عليه معلوما إلا ببيان المدة، فإذا لم يبينا لم يجز، وبه قال الشافعي، وأحمد، إلا أنه ينبغي أن يكون أقل المدة ما يمكن إدراك الثمر فيه، وبه قال أحمد.

واختلفت أقوال الشافعي في أكثر مدة الإجارة، والمساقاة، وقال في موضع: إلى ثلاثين سنة. وقال ابن قدامة في " المغني ": وهذا الحكم قال في موضع إلى ما أشار، وبه قال أحمد، ومالك، وأكثر العلماء م: (كما في المزارعة) ش: كما يشترط بيان المدة في المزارعة، حتى إذا لم يبينا تفسد.

م: (وفي " **الاستحسان** ": إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج) ش: يعني إن سكتا عن الوقت جاز استحسانا، ويقع العقد على أول ثمرة تخرج في تلك السنة، وبه قال أبو ثور، وبعض أصحاب الحديث م: (لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم، وقلما يتفاوت) ش: أي الوقت، والثابت عادة كالثابت شرطا، فصارت المدة معلومة.

فإن تقدم أو تأخر بذلك يسيرا لا يقع بسببه منازعة عادة م: (ويدخل فيه ما هو المتيقن) ش: وهو أول الثمر الذي يخرج في تلك السنة، فيثبت المتيقن لا ما وراءه، فلو انتقضت تلك السنة، ولم يخرج الثمر فيها

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٤٩٩

انقضت المعاملة م: (وإدراك البذر) ش: وهو بذر البقل ونحوه. وقال الليث: البذر كل حب يبذر للنبات، ويقال: بذرته، وبذرته. قال: والبذر والحبوب التي فيها صغير مثل بذر البقول، وأشباهها. وقال ابن دريد: فأما قول العامة: بزر البقل خطأ إنما هي بزور.

وقال الخليل: البزر بزر الكتان، ودهن البزر، والكسر أفصح. والبذر بالذال المعجمة ما عزل للزراعة من الحبوب كلها، وبزر البذر زرعه، وقال ابن عياد في " المحيط ": البذر أول ما يخرج من البقل والعشب.

وقال الأترازي: وقد وقع سماعنا في هذا الموضع بالذال، وارتفاع إدراك البذر بالابتداء.

وقوله: م: (في أصول الرطبة) ش: جملة وقعت صفة للبذر م: (في هذا) ش: أي في عقد." (١)

"بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة،

بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة،

وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة

ـــــــالمساقاة بدون بيان المدة م: (بمنزلة إدراك الثمار) ش: خبر المبتدأ م: (لأن له) ش: أي لإدراك البذر م: (نهاية معلومة) ش: عند المزارعين م: (فلا يشترط بيان المدة) ش: فيه صورة المسألة دفع رطبه قرب جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على أن ما أخرج الله سبحانه وتعالى من بذر فهو بينهما نصفان، ولم يسميا وقتا معلوما جاز استحسانا كالثمر.

وفي " شرح الكافي ": ولو دفع إليه رطبة في الأرض قد صارت قراحا، يعني قد خرج ساقها من عروقها، ولم يبينه إلى أن تجز فدفعها إليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا معلوما، فهذا فاسد. لأنه ليس لنهايتها وقت معلوم. لأنها تجز مرة بعد أخرى، حتى لو كان للرطبة [..] لو دفعها إليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما نصفان، ولم يسميا وقتا فهو جائز على ما اشترط إلا البذر من الرطب ينزل منزلة الثمر من الشجرة، فصار كما لو دفع الأشجار معاملة، على أن الثمر بينهما نصفان فهو جائز كذلك هنا، والرطبة لصاحبها، لأنها لم تحدث بعمله ولم تزدد.

م: (بخلاف الزرع) ش: يتعلق بقوله: وفي " **الاستحسان** ": إذا لم يبن المدة يجوز، يعني ذاك بخلاف المزارعة، فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياسا، واستحسانا م: (لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا)

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥١٢/١١

ش: أي لأن ابتداء الزرع قد يكون في الخريف، والصيف، أو الربيع، وما يزرع في الربيع يدرك في آخر الصيف، وما يزرع في الخريف يدرك في آخر الربيع، وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف.
فوقعت الجملة في الابتداء م: (والانتهاء بناء عليه) ش: أي على الابتداء م: (فتدخله الجهالة) ش: أي إذا كان كذلك فيدخل هذا العقد جهالة مفضية إلى المنازعة، فلا يجوز إلا ببيان المدة. اعلم أن كثيرا منصوب على أنه صفة لمصدر محذوف، أي اختلافا فاحشا، وقوله: خريفا منصوب على الظرفية، أي في خريف، وصيفا، وربيعا عطف عليه.

م: (وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق) ش: أي نبت وهو بكسر اللام، والغرس بكسر الغين وفتحها في معنى المغروس م: (ولم يبلغ الثمر) ش: أي لم يبلغ حد الإثمار م: (معاملة) ش: أي مساقاة، وانتصابها على المصدرية من قوله: من غير لفظه، ولكن التقدير وإذا عامل رجلا في غرس معاملة، ويجوز أن ينصب على التعليل، أي دفع لأجل المعاملة على أن يقوم عليها." (١)
"فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر.
قال: ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد بينا نظيره في المزارعة.
ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض، لأن فيه النظر من الجانبين.
قال: فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها. وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل، لقيامهم مقامه، وهذا خلاف في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وارثه في الخيار. قال: فإن أبى ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا.
ـــــــQوأشار إلى وجه **الاستحسان** بقوله م: (فيبقى العقد دفعا لـلضرر عنه) ش: أي عن العامل م: (ولا ضرر فيه على الآخر) ش: وهو وارث الميت، وكان حق التركيب أن يقول على الآخرين وهم الورثة

[التزم العامل الضرر في المساقاة]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥١٣/١١

م: (قال: ولو التزم العامل الضرر) ش: بأن قال: إذا أخذ نصف البسر فله ذلك، لأن بقاء العقد لدفع الضرر عنه، فإذا رضي انتقض العقد بموت رب الأرض، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة، فحينئذ م: (يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط) ش: الذي كان بين الميت والعامل م: (وبين أن يعطوه) ش: أي العامل م: (قيمة نصيبه من البسر، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر؛ لأنه ليس له) ش: أي لأن الشأن ليس للعامل م: (إلحاق الضرر بهم) ش: أي بالورثة م: (وقد بينا نظيره في المزارعة) ش: أي نظير الحكم في باب المزارعة عند قوله: وإن أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع.

[موت العامل في المساقاة]

م: (قال: ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه) ش: أي عمل المساقاة كما كان م: (وإن كره رب الأرض) ش: هذا واصل بما قبله، وليست إن للشرط م: (لأن فيه النظر من الجانبين) ش: لأن في القيام على العمل النظر من جانب الأرض وجانب ورثة العامل، لأن فيه تحصيل مقصودهم وتوفر حقوقهم.

م: (قال: فإن أرادوا أن يصرموه بسرا) ش: أي أن يفعلوا الخارج حال كونه بسرا م: (كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها) ش: يعني آنفا م: (قال: وإن ماتا جميعا) ش: يعني صاحب الأرض والعامل م: (فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه) ش: أي مقام العامل م: (وهذا خلاف في حق مالي) ش: هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم، لأنه عرض لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم؟ فقال هذا ليس من باب توريث الخيار، بل هذا خلاف في حق مالي مستحق عليه م: (وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وارثه في الخيار) ش: أي الحق المالي وهو ترك الثمار. . إلى آخره م: (قال: فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا) ش: أي آنفا.." (١)

"قال: ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا، وفي القياس: لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها تمولا، والاشتراك هذه صفته، وجه الاستحسان: أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم بعده، فكانت

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥١٩/١١

الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج. وقد أمكن؛ لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة. وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يكره الإشراك بعد الشراء لما بينا.

[اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة معه]

م: (قال: ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) ش: هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعا على مسألة القدوري.

م: (وفي القياس: لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة) ش: أي لأن المشتري لما اشترى البقرة أعدها للتقرب؛ لأنه نوى بها التقرب.

م: (فيمنع عن بيعها تمولا) ش: أي إذا كان كذلك فيمنع عن بيع البقرة لأجل التمول م: (والاشتراك هذه صفته) ش: وفي بعض النسخ والاشتراك، قوله: هذه إشارة إلى المبادلة التي ذكر عليها سياقا والضمير في صفته يرجع إلى الاشتراك، وحاصل المعنى إذا وقع الاشتراك صار مبادلة؛ لأنه أعطي بدلا مالا وأخذ مالا، فقوله: والاشتراك مبتدأ وهذه مبتدأ ثاني وصفته خبر المبتدأ الثاني، والجملة خبر المبتدأ الأول، فهذا هو تحقيق هذا التركيب والنظر إلى الشروح ترى أنها بمعزل عن هذا.

م: (وجه **الاستحسان**: أنه) ش: أي في المضحي م: (قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم بعده) ش: أي بعد الشراء م: (فكانت الحاجة إليه) ش: أي إلى الاشتراك م: (ماسة فجوزناه) ش: أي الاشتراك بعد الشراء م: (دفعا للحرج) ش: لأن الحرج مرفوع شرعا.

م: (وقد أمكن) ش: أي دفع حاجة في هذه الصورة م: (لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع) ش: ذكره في " المبسوط " بنفس الشراء لا يمنع البيع ولا يتعين في الأضحية وبه قالت الثلاثة، ولهذا لو اشترى أضحية، ثم باعها، فاشترى مثلها، لم يكن به بأس.

م: (والأحسن أن يفعل ذلك) ش: أي الاشتراك مع غيره م: (قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف) ش: ويقع أضحية على وجه التعيين م: (وعن صورة الرجوع في القربة) ش: وليكون أيضا أبعد عن صورة الرجوع عن نية التقرب في شراء البقرة للتضحية.

م: (وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يكره الإشراك بعد الشراء لما بينا) ش: أشار به على قوله: لأنه أعدها للتقرب فيمتنع بيعها تمولا، ثم إذا جاز عنه وعن شركائه، فهل يجب عليه." (١)

"بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب، فيعتبر في الصرف مكان المحل، لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر.

ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد، ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا؛ لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم، وكذا على عكسه. وقيل: هو جائز قياسا واستحسانا.

ـــــــــــــــــــــــــــــ بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة) ش: تسقط م: (بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف) ش: أي صرف الواجب م: (مكان المحل) ش: أي محل الذبح م: (لا مكان الفاعل اعتبارا بها) ش: أي بالزكاة حيث يؤدى في موضع المال دون موضع صاحبه.

م: (بخلاف صدقة الفطر) ش: حيث يعتبر فيها مكان الفاعل وهو المؤدي م: (لأنها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر) ش: فحينئذ يعتبر مكان صاحب الذمة وهو المؤدي.

[ضحى بعدما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة]

م: (ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد، ولم يصل أهل الجبانة) ش: بفتح الجيم وتشديد الباء وبعد الألف نون، وهو المصلى الذي يتخذ في قفار المصر ليصلى فيها العيد، ونحوه، وهذا من مسائل " الأصل " ذكره تفريعا على مسألة القدوري، وصورته: ما ذكره الكرخي في " مختصره ": وإذا كان الإمام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في المسجد وفي المصر، ويخرج بالآخرين إلى المصلى فصلى في أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الأضحى، انتهى.

وهو معنى قوله: م: (أجزأه استحسانا؛ لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها) ش: أي بالصلاة في المسجد في المصر م: (أجزأتهم) ش: حتى لا يجب عليهم الذهاب إلى الجبانة، ولو لم تكن معتبرة يجب عليهم الذهاب إلى الجبانة في القياس لا يجوز؛ لأنها عبارة دارت بين الجواز وعدمه، فيبقى أن لا تجوز احتياطا وهذا لأنه من حيث كونها بعد الصلاة يجوز من حيث كونها قبل الصلاة التي تؤدى في الجبانة لا تجوز.

م: (وكذا على عكسه) ش: أي: وكذا يجوز استحسانا لا قياسا عكس الحكم المذكور وهو أن يصلي أهل

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٢٠

الجبانة دون أهل المسجد. م: (وقيل: هو) ش: أي العكس م: (جائز قياسا واستحسانا) ش: لأن أداء الصلاة في المسجد أخص منها بالجبانة.

قال الحلواني: هذا إذا ضحى رجل ممن صلى. أما إذا ذبح رجل من الذين لم يصلوا لم يجز قياسا واستحسانا.

قال الزعفراني: يجري القياس **والاستحسان** في الذبح بعد أحد الصلوات مطلقا بعدما تصلي إحدى الطائفتين.

فإن قلت: أصل هذه المسألة: فإذا قلت صورها محمد على هذا الوجه؛ لأن علي بن أبي." (١)

"والتصدق تطوع محض فتفضل عليه، ولأنها تفوت بفوات وقتها. والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها، فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي، ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه، أو كان فقيرا، وقد اشترى شاة للتضحية تصدق بها حية، وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر؛ لأنها واجبة على الغني، وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا،

[لم يضح حتى مضت أيام النحر]

م: (والتصدق تطوع محض) ش: وإتيان السنة المؤكدة أفضل من إتيان التطوع م: (فتفضل عليه) ش: أي تفضل الأضحية على الصدقة، ولو قال " عليه " أي على التصدق لكان أولى؛ لأنه هو المذكور م: (ولأنها) ش: أي التضحية م: (تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي) ش: فإن طواف التطوع في حقه أفضل من صلاة التطوع بمكة، بخلاف المكي، لما ذكرنا من المعنى ولا يعلم فيه خلاف.

م: (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه) ش: بأن قال: لله تعالى علي أن أضحي بها أو أذبحها أو نحو ذلك سواء كان الموجب غنيا أو فقيرا.

وقال الكاكي: قيد الإيجاب غير مفيد؛ لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه والحكم كذلك.

قلت: بل هو مفيد؛ لأنه إذا كان فقيرا واشترى من غير نية الأضحية، ومضت أيام النحر لم يجب عليه التصدق.

م: (أو كان فقيرا) ش: أي أو كان الرجل فقيرا م: (وقد اشترى شاة للتضحية تصدق بها حية) ش: يعني

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٥/١٢

الفقير.

م: (وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر؛ لأنها واجبة على الغني، وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا) ش: خلافا للشافعي وأحمد، واعلم أن الشاة تتعين للأضحية بأن نذر أن يضحي بها أو نوى عند الشراء وأن يضحي بها، وكان المشتري فقيرا. هذا ظاهر الرواية.

وروى الزعفراني عن أصحابنا: أن التضحية بعينها لا تجب إلا بالنذر ولا تجب التضحية بعينها بنية الشرى للأضحية، وإن كان المشتري فقيرا، وهو القياس، وهو قول الشافعي. لأن القرب يلزم بأحد الأمرين: إما بالشروع أو بالنية، لم يوجد بالشراء مع نية الأضحية لا هذا ولا ذاك فلا يلزمه كما لو اشترى مالا بنية التصدق، أو عبدا بنية العتق.

وجه **الاستحسان**: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دفع إلى حكيم بن حزام دينارا يشتري له بها أضحية." (١)

"ولا شيء على الفقير.

ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى، ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما، وعلى الفقير ذبحهما، ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا عندنا، خلافا لزفر والشافعي - رحمهما الله - لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح.

ـــــــq- رحمهم الله -: إذا ماتت الشاة المشتراة؛ لأن التضحية على الغني مكان هذه شاة أخرى.

م: (ولا شيء على الفقير) ش: يعني إذا ماتت المشتراة؛ لأنها كانت متعينة وماتت كما ذكرنا

م: (ولو ضلت) ش: أي ذهبت المشتراة للضحية م: (أو سرقت فاشترى أخرى) ش: أي شاة أخرى.

م: (ثم ظهرت الأولى) ش: وهي التي ضلت أو سرقت م: (في أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما) ش: أي أحد الشاتين، لعدم التعيين لشرائه م: (وعلى الفقير ذبحهما) ش: أي ذبح الشاتين التي ضلت والتي عوضت عنها لتعيينها بشرائه، وتعويضه بالشراء أيضا هذا على ظاهر الرواية، لا على رواية الزعفراني، واختيار شمس الأئمة، واختار في " فتاوى الظهيرية " ظاهر الرواية.

م: (ولو أضجعها) ش: أي ولو أضجع رجل شاته التي عينها للتضحية. م: (فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا عندنا، خلافا لزفر والشافعي - رحمهما الله -) ش: وبقولهما قال أحمد، وأصحاب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣١/١٢

الظاهر؛ لأنها صارت معيبة قبل الذبح فلم يجز تضحيته.

وقال الكاكي: لا فائدة في تخصيص انكسار الرجل؛ لأنها لو تعيبت بكل عيب مانع من الأضحية فالحكم كذلك وبه صرح في " المبسوط ".

وقال صاحب " العناية ": قوله: " فانكسرت رجلها " من باب ذكر الخاص وإرادة العام، فإنه إذا أصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الإضجاع للذبح كان الحكم كذلك.

قلت: هذا خارج مخرج الغالب فإن الحيوان عند الاضطجاع للذبح يخبط برجله الأرض غالبا فربما ينكسر رجل أو يد فلذلك ذكره، وإلا فالحكم عام فافهم.

وفي شرح " الأصل ": كذا إذا انقلبت منه السكين فأصابت عينه فذهبت، وفيه أيضا هذا إذا ذبح في مكانه ذلك، فأما إذا انقلبت الشاة ثم أخذت بعد ذلك وذبحت هل يجوز؟ لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وقد ذكر في غير رواية الأصول خلافا بين أبي يوسف ومحمد. يقال على قول أبي يوسف إن أخذ من فوره ذلك جاز، وإن لم يؤخذ من فوره لا يجوز. وعند محمد: يجوز في الحالين بعد أن يكون التضحية في وقت الأضحية.

م: (لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح) ش: وهذا إشارة على **وجه الاستحسان**، ووجهه." (١)

"فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت، لكنا نقول: القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء على الميت. ولو ذبحوها عن صغير في الورثة، أو أم ولد جاز لما بينا أنه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزيهم؛ لأنه لم يقع بعضها قربة، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قربة.

قال: ويأكل من لحم الأضحية،

ــــــــم: (فلا يجوز عن غيره) ش: أي فلا يجوز من الوارث عن الميت م: (كالإعتاق عن الميت) ش: حيث لا يجوز؛ لأنه تبرع بالإتلاف م: (لكنا نقول: القربة قد تقع عن الميت) ش: هذا **وجه الاستحسان** وتقريره أن الورثة لما أذنوا صار ذلك أيضا قربة فوقع الكل قربة، فالقربة قد تقع عن الميت.

م: (كالتصدق) ش: عن الميت والحج عنه، فإن الورثة يملكون أن يتقربوا بنحو ذلك عن الميت، فحينئذ صار نصيب الميت للقربة كأنصاب الباقين.

م: (بخلاف الإعتاق) ش: هذا جواب عن قوله كالإعتاق عن الميت، وتقريره أن الإعتاق عن الميت إنما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٤٤

لم يجز م: (لأن فيه إلزام الولاء على الميت) ش: لأن الولاء لمن أعتق، وليس للوارث الإلزام على الميت، بخلاف الأضحية عنه فإنها جازت لعدم الإلزام.

م: (ولو ذبحوها عن صغير في الورثة، أو أم ولد جاز) ش: وفي بعض النسخ: ولو ذبحها أي ولو كان أحد الشركاء صغيرا أو أم فضحى عنه أبوه أو مولاه جاز م: (لما بينا أنه قربة) ش: أشار به إلى وجه الاستحسان وفي القياس: لا يجوز؛ لأن الإراقة لا تتجزأ، وبعض الإراقة وقع نفلا أو لحما فصار الكل كذلك.

م: (ولو مات واحد منهم) ش: أي من الشركاء م: (فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزيهم) ش: وقال الشافعي وأحمد: يجزيهم، لما ذكر من عدم اشتراط نية الكل قربة عندهما، وعندنا يشترط فلا يجوز م: (لأنه لم يقع بعضها قربة، وفيما تقدم) ش: وهو المسألة الأولى م: (وجد الإذن من الورثة فكان قربة) ش: فإذا كان قربة فقد جازت.

[الأكل من الأضحية]

م: (قال: ويأكل من لحم الأضحية) ش: أي قال القدوري: هذا في غير المنذورة. أما في المنذورة فلا يأكل الناذر سواء كان معسرا أو موسرا وبه قالت الثلاثة، وعن أحمد في رواية: يجوز الأكل من المنذورة أيضا وفي " الذخيرة ": ولا يجوز أن يأكل الغني في المنذورة؛ لأن سببها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته، حتى لو أكل يجب عليه قيمة ما أكل.

وقال في " شرح الطحاوي ": لا يجوز الأكل من الدماء إلا من أربعة من الأضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع، إذا بلغ محله، يعني لا يجوز الأكل من دماء الكفارات والنذور وهدي التطوع إذا لم يبلغ محله، انتهى.." (١)

"لأنه من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر المجوسي؛ لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا.

قال: وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما، والضمان عليهما، وهذا استحسان. وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس، وهو قول زفر – رحمه الله –، وفي الاستحسان: يجوز، ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا. وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره، فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب، وجه الاستحسان

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥١

أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية

ـــــــوبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وابن المنذر، وقال مالك: لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم، وهكذا روى مسلم عن أحمد لما روي عنه - صلى الله عليه وسلم - أن قال: «لا يذبح ضحاياكم إلا طاهر» وقال جابر: " لا يذبح النسك إلا مسلم ولنا ما قلنا ".

م: (ولو أمره فذبح جاز؛ لأنه) ش: أي ولو أمر الكتابي فذبح أضحيته جاز؛ لأن الكتابي م: (من أهل الذكاة، والقربة أقيمت بإنابته ونيته) ش: أي بإنابة المسلم الكتابي ونية المسلم أيضا بالأضحية، م: (بخلاف ما إذا أمر المجوسي) ش: حيث لا يجوز بلا خلاف.

م: (لأنه ليس من أهل الذكاة. فكان إفسادا) ش: حيث أمر بذبحها من ليس له ملة التوحيد إلا أنه لا يضمن؛ لأن من فعل ذلك بالأمر بخلاف ما لو أمر مسلما فذبح وترك التسمية عمدا فإنه يضمن؛ لأنه خالف أمر الآمر حيث ترك التسمية عمدا.

م: (قال: وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما والضمان عليهما) ش: أي قال القدوري: وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال. وإذا كانت المسألة من مسائل القدوري م: (وهذا استحسان) ش: أي الجواز استحسان العلماء م: (وأصل هذا) ش: أي أصل ما ذكر من الحكم م: (أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه، لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها، ولا يجزئه من الأضحية في القياس، وهو قول زفر - رحمه الله -) ش: وقول الثلاثة.

م: (وفي **الاستحسان**: يجوز) ش: أي عن الأضحية م: (ولا ضمان على الذابح وهو) ش: أي **الاستحسان** م: (قولنا) ش: أي قول أئمتنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد م: (وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره) ش: وفي بعض النسخ: بغير إذنه م: (فيضمن) ش: لأنه متعد م: (كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب) ش: فإنه يضمن وإن كان القصاب اشتراها للذبح؛ لأنه متعد حيث فعل بغير أمره وقياسا على ما لو ذبح في غير أيام الأضحية. وقياسا على ما لو قال له لا يذبح.

م: (وجه **الاستحسان**: أنها) ش: أي الشاة المشتراة للأضحية م: (تعينت للذبح لتعينها للأضحية) ش: إما بنفس الشراء بنية الأضحية بل إذا كان فقيرا، أو بالنذر بعينها، فلا يضمن." (١)

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥٩

"أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما، أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصورة كلها استحسانا، لوجود الإذن، دلالة. إذا أثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب: ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها وسيأتي فيها القياس **والاستحسان** كما ذكرنا، فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة نفسه عن صاحبه ولا يضمنه؛ لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما؛ لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن يتحلله في الانتهاء،

ـــــــــــالدورق، وربط الدابة عليه يعني وساق الدابة غيره فطحنها.

م: (أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما) ش: يرجع إلى المسألة الثالثة وهي قوله: أي رفع الجرة وأمالها إلى نفسه معنى أو أعانه رجل غيره على رفع الجرة فانكسرت بينهما أي بين المالك والمعني.

م: (أو حمل على دابته ما سقط فطبت) ش: يرجع إلى المسألة الرابعة وهي قوله حمل على دابته فسقط يعني حمل رجل غيره على دابته ما سقط منها من الحمل الذي حمله إياها مالكه فعطبت الدابة أي هلكت

م: (لا يكون ضامنا في هذه الصورة كلها) ش: جواب المسائل المذكورة.

والضمير فيها لا يكون يرجع إلى موقد النار، وسائق الدابة، والحامل باعتبار كل واحد فافهم.

م: (استحسانا) ش: يعني من حيث **الاستحسان** م: (لوجود الإذن دلالة) ش: والثابت دلالة كالثابت نصا.

م: (إذا أثبت هذا) ش: أي المذكور من الحكم والمذكور من الأصل والمذكور من **الاستحسان** في المسائل المذكورة.

م: (فنقول في مسألة الكتاب: ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها) ش: أي فيهما خلاف بين أصحابنا - رحمهم الله - وزفر - رحمه الله - فإنه خالفهم.

م: (وسيأتي فيها القياس **والاستحسان** كما ذكرنا) ش: فإنه ذكر وجه كل منهما عن قريب م: (فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة عن صاحبه) ش: أي إذ كان الأمر كذلك فيأخذ كل من الرجلين المذكورين مسلوخة نفسه عن صاحبه م: (ولا يضمنه) ش: أي ولا يضمن أحدهما الآخر م: (لأنه وكيله فيما فعل دلالة) ش: أي من حيث الدلالة فصار كوكيله نصا.

م: (فإن كانا قد أكلا ثم علما) ش: فإنهما قد ذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه م: (فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما) ش: أي يجزي كل واحد منهما من أضحيته وهذا من مسائل " النوادر " ذكره

تفريعا على مسألة القدوري.

م: (لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن يتحلله في الانتهاء) ش: أي لأن." (١)

"كتاب الكراهية قال - رضي الله عنه -: تكلموا في معنى المكروه.

Q———

[كتاب الكراهية]

[معنى المكروه]

م: (كتاب الكراهية)

ش: قالت الشراح: أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد لم يجز من أصل أو فرع يرد فيه الكراهية كما قلنا من كراهية جز الصوف وذبح الكتابي وغيرها.

قلت: قل في كتاب من الكتب السابقة [أن] تخلو من هذا فلم يتحقق بذلك وجه المناسبة، والأولى أن يقال: عامة مسائل الذبائح بالآثار والأخبار، وكذلك عامة مسائل الكراهية بالسنة والآثار. فلذلك ذكرهما متباينين.

ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الباب فخصه بلفظ الكراهية في " الجامع الصغير " و " شرح الطحاوي "، وتبعهما المصنف، وبلفظ الحظر والإباحة في القدوري و " الإيضاح " و " التتمة " و " التحفة " وفي " فتاوى قاضي خان - رحمه الله - والكرخي - رحمه الله - في " مختصره ".

وبلفظ **الاستحسان** في " الشرط " و " المحيط " و " الذخيرة " و " المغني " و " الكافي " للحاكم الشهيد وإنما خصوه **بالاستحسان** وإن كان القياس ثابتا في مقابلته أن المعمول به جهة **الاستحسان**. ثم الكراهية على وزن فعالية مصدر، وقولهم كره الشيء يكره كرها وكراهية إذا لم يرده.

قال في " الميزان ": هي ضد المحبة والرضى.

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم﴾ [البقرة: ٢١٦] .

فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة، والكراهية ليست بضد الإرادة عندنا، فإن الله سبحانه وتعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يوجب لهما، فإن الكفر والمعاصي بإرادة الله سبحانه وتعالى بمشيئته، وعند المعتزلة ضد الكراهية الإرادة أيضا كما عرف في أصول الكلام.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٦٢/١٢

م: (قال – رضي الله عنه –) ش: أي قال المصنف – رحمه الله – م: (تكلموا في معنى المكروه) ش: أي تكلمت العلماء في معنى الكراهية فقيل: ما يكون تركه أولى من تحصيله وقيل: ما يكون الأولى أن لا يفعله.." (١)

"في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة – رحمه الله –: أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به، وفي ظاهر الرواية: هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي. قال: ويقبل فيها قول العبد والحر، والأمة، إذا كانوا عدولا؛ لأن عند العدالة الصدق راجح، والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل.

ـــــــم: (في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه يقبل قوله فيها) ش: أي قول المستور في الديانات م: (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) ش: أي لأجل الجري على مذهب أبي حنيفة – رحمه الله – أنه يجوز القضاء بقول المستور.

وقال شمس الأئمة – رحمه الله – السرخسي في " أصوله ": وروى الحسن – رحمه الله – عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الأخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وعن عمر – رضي الله عنه –: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» .

ولهذا جوز أبو حنيفة – رحمه الله – القضاء بشهادة المستور فيما ثبت بالشبهات إذا لم يطعن الخصم.

قال: ولكن ما ذكره في **الاستحسان** أصح في زماننا فإن الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا تعتمد رواية المستور ما لم يبين عدالته، كما لا تعتمد شهادته في القضاء قبل أن يظهر عدالته.

م: (وفي ظاهر الرواية: هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما) ش: أي في المستور والفاسق: م: (أكبر الرأي) ش: فإن كان غالب الرأي صدقهما يقبل قولهما وإلا فلا، مثلا إذا أخبر بنجاسة الماء يحكم فيه بأكبر الرأي.

م: (قال: ويقبل فيها قول الحر والعبد والأمة إذا كانوا عدولا) ش: أي قال القدوري – رحمه الله –: وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال، أي يقبل في الديانات قول العبد إلى آخره م: (لأن عند العدالة الصدق راجح) ش: الصدق منصوب؛ لأنه اسم إن فافهم.

م: (والقبول لرجحانه) ش: أي قبول قول واحد من المذكورين لكونه مرجحا بالعدالة.

م: (فمن المعاملات ما ذكرناه) ش: أراد به الهدية والإذن م: (ومنها) ش: أي ومن المعاملات م: (التوكيل)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٦٥

ش: بأن قال وكلني فلان فإنه يقبل قوله وإذا كان مميزا سواء كان عدلا أو غير عدل صبيا كان أو بالغا، كافرا كان أو مسلما كما ذكرناه.." (١)

"يستحب لها أن تغض بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم، ووجه الفرق أن الشهوة عليه غالبة، وهو كالمتحقق اعتبارا. فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة؛ لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا، فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد.

قال: وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل -

ـــــــQاستواء الطرفين م: (يستحب لها أن تغض بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة)

ش: أي كان في قلبه شهوة أو كان في أكبر رأيه أنه يشتهي أو شك في الاشتهاء م: (لم ينظر) ش: يعني لا يجوز له النظر إليها. م: (وهذا) ش: وفي بعض النسخ: وهذه، أشار به إلى قوله: لم ينظر م: (إشارة إلى التحريم) ش: أي تحريم نظره إليها في هذه الصورة بخلاف المرأة.

م: (ووجه الفرق) ش: أي بين الرجل والمرأة حيث كان النظر إلى الرجل مراما وغض بصرها مستحب هو

م: (أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا) ش: أي الغالب المتحقق من حيث الاعتبار.

م: (فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين) ش: أي من جانب الرجل وجانب المرأة، أما من جانب الرجل فحقيقة لوجودها، وأما من جانب المرأة فكالمتحقق باعتبار الغلبة فيقتضي ذلك إلى زيادة القبح.

م: (ولا كذلك إذا اشتهت المرأة) ش: يعني ليس الأمر كما ذكر إذا وجدت الشهوة من المرأة حقيقة م: (لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا) ش: أما حقيقة فظاهر وأما اعتبارا فلعدم غلبة الشهوة فيه م: (فكانت) ش: أي الشهوة م: (من جانب واحد) ش: فلا يؤدي إلى زيادة قبح.

م: (والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد) ش: فكذلك قالو ا لها **الاستحسان** في جانب المرأة وبالحرمة في جانب الرجل.

[نظر المرأة من المرأة]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٧٧

م: (قال: وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) ش: أي قال القدوري - رحمه الله -: لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا، والغالب كالمتحقق في شرح "الكافي "، وكرهه بعض الناس وقال: إنه لا ضرورة إليه.

قلنا: المراد تحتاج إلى دخول الحمام وأن تعمل في نفسها والنساء يدخلن عليها فلو لم يجز ذلك لأدى إلى تضييق الأمر على الناس فقلنا بالجواز كما في نظر الرجل إلى الرجل.." (١)

"وممن لا يحل له وطؤها.

وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ؛ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل،

ـــــQمواضع أخرى يجبر بتلك الحيضة. والعبد لا يثبت له الحل ولا الغرماء في **الاستحسان** يجب استبراءها؛ لأن المولى قبل الشراء لا يملك رقبتها عنده حتى لو أعتقه لا ينفذ عتقه. وإنما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة.

وفي " شرح الطحاوي ": ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء م: (وممن لا يحل له وطؤها) ش: أي وكذا لا يجب الاستبراء على المشتري ممن لا يحل له وطؤها، كما لو اشتراها أخوها من الرضاع أو ورثها من أبيه، وأبوه استمتع بها، أو كان البائع مكاتبا أو جاريته وطئ البائع أمها أو باع الابن موطوءة أبيه، والأب موطوءة ابنه، أو كانت مجوسية.

فإن قلت: الموجب ورد في السببية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهل لا اقتصر عليها؟.

قلت: غيرها في معناه حكما وعلة وسببا فألحق بها دلالة.

[الاستبراء إذا كانت الأمة المشتراة بكرا لم توطأ]

م: (وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ) ش: أي وكذا يجب الاستبراء إذا كانت الأمة المشتراة بكرا لم توطأ. وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك - رحمهم الله -: إن كانت ممن يوطأ مثلها لزمه الاستبراء، وإن كانت ممن لا توطأ مثلها لا يجب الاستبراء. وقال داود - رحمه الله -: إن كانت بكرا لا يجب لعدم توهم الشغل، وعن أبي يوسف - رحمه الله -: فيما إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع، لا يجب الاستبراء.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/١٤٧

وقال في " شرح الطحاوي " - رحمه الله -: وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال الاستبراء في البكر، م: (لتحقق السبب) ش: وهو استحداث الملك م: (وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم) ش: -بكسر الحاء وفتح الكاف- جمع حكمة، يعني أن العلة في وجوب الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد. والحكمة تعرف ببراءة الرحم، والحكمة تدور على السبب لا على الحكمة م: (لبطونها) ش: أي لبطون الحكم، أراد به حقيقته كما ذكرنا م: (فيعتبر تحقق السبب عهد توهم الشغل) ش: كماء محترم كما ذكرنا.

فإن قلت: كيف يتوهم الشغل في الصور الثلاث؟

قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبي أو المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من الوطئ، فيثبت توهم الشغل أيضا لهذا الطريق.." (١)

"أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة، أو فكت المرهونة لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما، ولها نظائر كثيرة كتبناها في "كفاية المنتهى ".

ـــــــQالحرب ثم خرجت بغنيمة، أو اشترى، ثم أخذها المولى لا يجب الاستبراء عند أبي حنيفة وعندهما، وبه قالت الثلاثة.

م: (أو ردت المغصوبة) ش: أي الجارية المغصوبة إلى مولاها م: (أو المؤاجرة) ش: أي الجارية المستأجرة - بفتح الجيم- إلى مولاها المؤجر. م: (أو فكت المرهونة) ش: أي الجارية المرهونة م: (لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما) ش: أي من حيث الوجود ومن حيث العدم والمعنى كلما وجد السبب. واستحداث الملك يدار عليه الحكم وهو الاستبراء كلما عدم لما ترتب عليه شيء؛ لأن هذا بيان السبب والمسبب.

م: (ولها نظائر كثيرة كتبناها في " كفاية المنتهى ") ش: أي لهذه المسائل نظائر وأخوات كتبناها في كتابنا الموسوم " بكفاية المنتهى " منها: أن فرج الأمة إذا حرم عليه ولكن لم يخرج من ملكه كما في الحيض والنفاس والردة والكتابة ثم زالت هذه العوارض، حلت له بغير استبراء.

وعند الثلاثة: يجب في الكتابة إذا عجزت وردت إلى الرق، ومنها: إذا باع جارية من رجل ثم تقايلا البيع قبل التسليم فعادت إلى القياس أنه يجب على البائع الاستبراء لوجود العلة. وفي **الاستحسان**: لا يجب، لأن ملك المشتري لم يكن ثم عليها. وروي عن أبي حنيفة: أنه أخذها بالقياس، ولو تقايلا بعد القبض

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٧٥/١٢

وجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا. وكذا في " شرح الطحاوي ".
ومنها: أن الجارية إذا ردت على البائع بخيار رؤية أو عيب، وجب عليه الاستبراء؛ لأن خيار العيب، وخيار الرؤية، لا يمنعان وقوع الملك للمشتري. وأما إذا ردت إلى البائع بخيار الشرط، فإن كان الخيار للبائع، فلا يجب عليه الاستبراء؛ لأنها لم تخرج عن ملكه، ويجب على المشتري بعد إجارة البائع المبيع بعد القبض، وإذا حاضت قبل ذلك تجزأ بتلك الحيضة. وإن كان خيار الشرط للمشتري فسخ، وعادت الجارية إلى ملك البائع، فإن كان الفسخ قبل القبض، لم يجب على البائع بالإجماع، وإن كان بعده. فكذلك عند أبي حنيفة – رحمه الله –. وقالا: لا يجب على البائع.
ومنها: أن البيع إذا كان فاسدا أو فسخ البيع وردت على البائع، فإن كان قبل القبض فلا استبراء على البائع في قولهم، وإذا كان بعده فعلى البائع الاستبراء في قولهم. كذا في " شرح الطحاوي ".
ومنها: إذا أسرها لعدد ثم عادت إليه بعد الإحراز بدار الحرب فعليه الاستبراء، ولو." (١)

"وكذا لو قالت الرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها. وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول. وكذا لو قالت جارية: كنت أمة لفلان فأعتقني لأن القاطع طارئ، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا إذا أخبره مخبر: أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها، حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر بفساد مقارن، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه، ــــــQقوله: ولو أن امرأة أخبرها ثقة إلى قوله وإذا باع المسلم خمرا، من مسائل كتاب " **الاستحسان** "، ذكرها تفريعا على مسائل " الجامع الصغير ". وكذا لو قالت لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها. وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول. وكذا لو قالت جارية: كنت أمة لفلان فأعتقني لأن القاطع طارئ، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا إذا أخبره مخبر: أنك تزوجتها وهي

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/١٧٨

مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها، حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر بفساد مقارن، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه.

قوله: ولو أن امرأة أخبرها ثقة إلى قوله وإذا باع المسلم خمرا، من مسائل كتاب "**الاستحسان**"، ذكرها تفريعا على مسائل " الجامع الصغير ".

م: (وكذا لو قالت لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها) ش: المخبر إذا غلب على ظنه صدقها.

[قالت انقضت عدتي وتزوجت بآخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي]

م: (وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي، ثم طلقني وانقضت عدتي، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول) ش: لأنها أخبرت عن أمر لا منازع فيه. م: (وكذا لو قالت جارية: كنت أمة لفلان فأعتقني) ش: يحل للمخبر له أن يتزوجها م: (لأن القاطع طارئ) ش: أي القاطع للرقبة، عارض وهو العتق ولا منازع.

م: (ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا، أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان) ش: لأن هذا خبر في موضع المنازعة.

م: (وكذا إذا أخبره مخبر: أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة، لم يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر بفساد مقارن) ش: للعقد. م: (والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده) ش: أي العقد. م: (فثبت المنازع بالظاهر) ش: فلا يقبل قوله. م: (بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه) ش: أي في الإخبار بالارتضاع م: (لأن القاطع طارئ) ش: أي القاطع للزوجة عارض وهو الرضاع. م: (والإقدام الأول) ش: وهو ما تقدم من صحة عقد النكاح بدليل موجب له وهو العقد الذي م: (لا يدل على انعدامه) ش: أي على انعدام الارتضاع دل عليه قوله ارتضعت م:." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٠٧/١٢

"قال: ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته، وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير، وهذا استحسان، وفي القياس: كل ذلك باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله وجه **الاستحسان** أنه - عليه الصلاة والسلام - قبل هدية سلمان - رضي الله عنه -

ـــــــQولنا: «أنه - صلى الله عليه وسلم - سابق عائشة - رضي الله تعالى عنها -، وصارع ركانة» .

وراوي الحديث أبو هريرة: أنه لا حاجة في المسابقة في الجهاد إلا في هذه الثلاثة.

وقال مالك وأحمد -رحمهما الله-: ممكن أن يكون المراد نفي الجعل، ولا يجوز المسابقة في البغال والحمير.

وبه قال الشافعي في قول وأحمد ومالك - رحمهم الله -: إذا كان يجعل.

وقال الشافعي في قول: يجوز.

وفي " الذخيرة " و" التتمة ": إذا قال واحد منهم لآخر إن كان الجواب كما قلت أعطيتك كذا، وإن كان الجواب كما قلت فلا آخذ منك شيئا يجوز.

والقياس: كله باطل ويجوز استحسانا لما فيه حيث معنى يرجع إلى الجهاد، وكذا في " التتمة " حث على الجهد في التعلم.

[قبول هدية العبد التاجر]

م: (قال: ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر) ش: أي قال في " الجامع الصغير "، وأراد به الهدية اليسيرة.

م: (وإجابة دعوته) ش: أي ضيافته، فأراد به البشيرة.

ولم يقدر محمد مقدار ما يتخذ من الضيافة. وروي عن محمد بن سلمة أنه قال: على قدر مال تجارته، فإن كان مال تجارته مثل عشرة آلاف درهم فاتخذ مقدار ضيافة عشرة دراهم كان يسيرا. وإن كان مال تجارته عشرة دراهم كان دانق كثيرا. وقد مر الكلام فيه في كتاب " المأذون ".

م: (واستعارة دابته) ش: أي دابة العبد التاجر للعرف والعادة.

م: (وتكره كسوته الثوب) ش: أي تمليكه م: (وهديته الدراهم والدنانير) ش: لعدم الضرورة في ذلك م: (وهذا استحسان. وفي القياس: كل ذلك باطل) ش: وبه قالت الثلاثة، إلا أن أحمد يجوز دعوته فقط. م:

(لأنه تبرع) ش: أي لأن المذكور في هذه الأشياء تبرع، م: (والعبد ليس من أهله) ش: لعدم ملكه.

م: (وجه الاستحسان: «أنه - عليه الصلاة والسلام - قبل هدية سلمان - رضي الله تعالى عنه -." [١]

"فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال: وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا، وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له، وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى.

Q-------

[فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه]

[حكم دعوى الشرب بغير أرض]

م: (فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه) ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الدعوى والاختلاف والتصرف في الشرب.

م: (قال: وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) ش: وفي القياس: لا يصح، لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام م: (لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا) ش: هذا وجه الاستحسان، أي أن الشرب قد يملك بدون الأرض من جهة الأرض والوصية م: (وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له، وهو مرغوب فيه) ش: أي الشرب مرغوب فيه ينتفع به، فإذا استولى عليه غيره له دفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه م:) فيصح فيه الدعوى) ش: أي إذا كان كذلك فيصح فيه الدعوى.

وفي باب الشهادات في الشرب في " الأصل " وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه الشرب في يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين: فإنه تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا، لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما، وهو معلوم.

وكذا مسيل الماء ولو ادعى يومين في الشهر فجاء بشاهدين فشهد أحدهما بيوم في رقبة النهر يريد بقوله: في رقبة النهر، لأن له شرب يوم من هذا النهر في شهر، وشهد الآخر على يومين ذكر أن في قياس قول أبي حنيفة لا يقضى به، وفي قياس قولهما يقضى بالأقل وهو شربه يوما، فإن شهد أحدهما أن المدعي قبله أقر بشرب يومين وشهد الآخر شرب أنه أقر بشرب يوم فالمسألة على الاختلاف.

وإن لم يشهدا على الإقرار بل أشهد أحدهما أن له شرب يوم من الشهر من هذا الشهر وشهد الآخر شرب يومين يجب أن يقبل على الأقل وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد ولم يشهدوا أن له في رقبة

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٢٥٥

النهر شيء ولا يقبل، لأنهم شهدوا بشرب مجهول، لأنه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من الأسبوع أو من السنة. ولو شهدوا له بعشر النهر تقبل الشهادة كما لو شهدوا بعشر هذه الأرض.

قال: ولو ادعى رجل عشر عين أو قناة فشهد له شاهدان أحدهما بالعشر وشهد الآخر بأقل من ذلك بجزء من أحد عشر جزءا، فإن شهدوا على الإقرار لا يقبل في قياس قول أبي حنيفة – رحمه الله –. وعندهما: يقبل استحسانا على الأقل. وإن لم يشهدوا على الإقرار يقبل." (١)

"وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله –؛ لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه، أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل؛ لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر، كما إذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت، وقيل: هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة – رحمه الله – فلا يؤكل أيضا؛ لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى، هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة – رحمه الله –

ـــــــوهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل، إن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله –) ش: وقال أحمد في رواية الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل: فإن عندهم يؤكل استحسانا، وبه أخذ قاضي خان م: (لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار) ش: هذا وجه القياس، ووجه **الاستحسان** الذي ذهب إليه هؤلاء المذكورون: أنه لم يقدر على الأصل وهو ذكاة الاختيار لضيق الوقت، وما جاء منه بتفريط وهو اختيار ابن شجاع أيضا.

فإن قيل: وضع المسألة فيما يكون الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح؟.

وأجيب: بأن المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت، والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه، فكان عدم التمكن متصورا.

م: (وهذا) ش: أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيها م: (إذا كان يتوهم بقاؤه، أما إذا شق بطنه) ش: أي أما إذا شق الكلب بطن الصيد م: (وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل) ش: لأنه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك م: (لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر) ش: ذلك م: (كما إذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت) ش: فإنها لا تحرم، فكذا هذا.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٢٩/١٢

م: (وقيل: هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلا يؤكل أيضا؛ لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا على ما نذكره إن شاء الله تعالى) ش: أي اعتبارا بالمتردية، وانتصابه على أنه مصدر بفعل محذوف، أي يرده ردا، أو يكون على الحال على تأويل دارين إلى المتردية، أو متعبرين لها فافهم.

م: (هذا الذي ذكرناه) ش: أي هذا الذي ذكرنا أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه م: (إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وأن لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة: ذكاة الذبح، وقد وجد عندهما بلا ذبح.." (١)

"البدل مقام المبدل، لا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن، لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك. ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضارها كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صارت قيمته بفعله، وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن، فلهذا

ـــــــQالبدل) ش: أي الذي هو الثمن م: (مقام المبدل) ش: الذي هو الرهن م: (لا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن) ش: استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، جوابا عما يقال: لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري، كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك.

وتقرير الجواب: ما ذكره بقوله: م: (لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف) ش: أي مكلف م: (لاستيفاء نجم) ش: قسط من الدين م: (قد حل) ش: بأن كان الدين مقسطا فادعى قسطا واحدا يكلف إحضار الرهن م: (لاحتمال الهلاك) ش: أي هلاك الرهن، فيؤمر بإحضاره لأن فيه فراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك، لكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين بإجماع العلماء.

وفي " الزيادات " و" المحيط ": لا يجبر بإحضاره لعدم فائدة الإحضار في القياس وفي **الاستحسان** يجبر بإحضاره إذا كان في المصر الذي لفراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك، وهذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن؛ أما إذا لم يدع فلا فائدة في الإحضار.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٤٢٤

م: (ثم إذا قبض) ش: أي المرتهن م: (الثمن يؤمر بإحضاره) ش: أي بإحضار الثمن م: (لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين) ش: أي لقيام الثمن مق‍ام الرهن م: (وهذا) ش: إشارة إلى قوله: يكلف لاستيفاء نجم فدخل، بخلاف مسألة القتل، كذا قاله الكاكي ناقلا عن " النهاية ". وقال الأكمل: وهو كما ترى متعسف. ثم قال: وهذا إشارة إلى قوله: وكذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء.

م: (بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر) ش: أي المرتهن م: (كل القيمة؛ لأن القيمة خلف عن الرهن، فلا بد من إحضارها كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صارت) ش: وما صارت قيمة العبد المقتول م: (قيمته بفعله) ش: أي بفعل الراهن، بل بفعل الأجنبي م: (وفيما تقدم) ش: أي في بيع العدل المرتهن م: (صار دينا بفعل الراهن) ش: لأنه تسليط من جهة م: (فلهذا) ش: أي." (١)

"قال: ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه، لأنه بدله، فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته. قال: ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام السلم فيه لأنه رهنه به، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا المبيع له أن يحبسه لأخذ البيع؛ لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا. وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن،

ـــــــQفإن هلك الرهن في يده صار مستوفيا، وفي الزيادة يكون استيفاء. وإن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقي.

م: (قال: ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن) ش: أي والحال أن بالمسلم فيه رهن م: (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) ش: يرجع بحبسه، لأن حتى بمعنى الغاية، هذا جواب **الاستحسان**، وفي القياس لا يكون رهنا به حتى لا يحبسه، وهو مذهب الأئمة الثلاثة م: (لأنه بدله) ش: أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه، وبدل الشيء يقوم مقامه م: (فصار كالمغصوب) ش: أي يصير هذا كحكم المغصوب م: (إذا هلك وبه رهن) ش: أي والحال أن بالمغصوب رهنا م: (يكون رهنا بقيمته) ش: لأن الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه، والقيمة عند هلاكه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٤٨٥

م: (قال: ولو هلك الرهن) ش: أي في يد رب السلم م: (بعد التفاسخ يهلك بالطعام السلم فيه) ش: حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام م: (لأنه رهنه به) ش: أي لأن المسلم إليه رهنه بالطعام.

م: (وإن كان محبوسا بغيره) ش: أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال، يعني أن الرهن محبوس برأس المال، وليس بمضمون به، بل هو مضمون بالطعام المسلم فيه، وعليه أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال م: (كمن باع عبدا) ش: استشهد به على أن كون الشيء محبوسا شيء لا ينافي كونه مضمونا لغيره ولم يرد بالاستشهاد تحقيق كونه مضمونا حالة الهلاك بعدما كان محبوسا حالة العقد، ولهذا بعدما استشهد به أفرد بالذكر قوله ولو هلك المرهون إلى آخره.

م: (وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا) ش: ثم قيد به، لأن الرهن بالبيع لا يجوز م: (ثم تقايلا المبيع له أن يحبسه) ش: أي البيع الذي أخذ رهنا أن يحبس الرهن م: (لأخذ البيع؛ لأن الثمن بدله) ش: أي بدل العبد.

م: (ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) ش: إشارة إلى قوله: كان الثمن بدله م: (وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن) ش: يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن.." (١)

"قال: ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير، لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر في حق الصبي منه؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة. ولو هلك يهلك مضمونا، والوديعة تهلك أمانة، والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر - رحمهما الله -: أنه لا يجوز ذلك منهما، وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء. ووجه الفرق على الظاهر وهو **الاستحسان** أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال

ـــــــQوأراد بما تقدم ما إذا ظهر العبد حرا والخل خمرا والمذبوح ميتة ففي كل ذلك لا يجب الضمان في قياس قول أبي يوسف وإن لم تكن الرواية محفوظة عنه.

م: (قال) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير ": م: (ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه) ش: أي على الأب م: (عبدا لابنه الصغير) ش: قيد الصغير، لأنه لو رهن عبد ابنه الكبير لا يجوز بدون إذنه، ثم جواز الرهن المذكور استحسان، والقياس عدم الجواز، وعن أبي يوسف: أنه أخذ بالقياس، وهو قول الشافعي أيضا.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥٠٤

وجه القياس أنه قضى دينه من مال ابنه وليس له ذلك. ووجه الاستحسان ما قاله المصنف بقوله، م: (لأنه) ش: أي لأن الأب م: (يملك الإيداع) ش: أي إيداع مال ابنه الصغير م: (وهذا) ش: أي رهنه م: (أنظر في حق الصبي منه) ش: أي من الإيداع م: (لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ) ش: من حفظه المودع الوديعة م: (خيفة الغرامة) ش: أي لأجل الخوف عن الغرامة.

وبين ذلك بقول م: (ولو هلك) ش: أي الرهن م: (يهلك مضمونا، والوديعة تهلك أمانة) ش: وفيه ضياع المال الصغير، بخلاف الرهن، فإنه إذا هلك في يد المرتهن، وفيه وفاء بالدين صار المرتهن مستوفيا دينه، ويضمن الأب قيمته لولده م: (والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب) ش: يعني إذا رهن الوصي متاع اليتيم بدينه جاز، لأن الرهن لا يزيد الملك في حال الكتابة، وهو ضامن له، كذا في " المسائل " والفقيه أبو الليث ذكر القياس والاستحسان في الوصي كالأب م: (لما بينا) ش: إشارة إلى قوله: وهذا أنظر في حق الصبي.

م: (وعن أبي يوسف وزفر – رحمهما الله –: أنه لا يجوز ذلك منهما) ش: أي من الأب والوصي، وهو قول الثلاثة أيضا م: (وهو) ش: أي عدم الجواز م: (القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء) ش: أي قياسا على ما إذا أوفيا دينهما من مال الصغير فإنه لا يجوز، فكذا رهنهما، لأنه صرف إلى الصغير إلى منفعته تسهما فلا يجوز.

م: (ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان) ش: أي وجه الفرق بين الرهن وبين حقيقة الإيفاء على ظاهر الرواية م: (أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال،." [(١)]

"قال: ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا، والقياس: أن لا يجوز، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل، وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو

ـــــــQبالدين خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، ولا رواية عنهما في هذا الفضل.

وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يعتد بالجودة، وكذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف – رحمه الله –، لأنه لا جودة في الرهن، فيعتبر الوزن. وعلى قول محمد: لا يجوز التمليك بأن الوزن أوزن من الدين. وإن كانت قيمته مثل من الدين عشرة فهلك: هلك خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة – رحمه الله –.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٠٨/١٢

وعندهما يقوم جميع قيمته. وإن كانت قيمته أقل من الدين مثل أن يكون قيمته ثمانية، فإن هلك: ذهب خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه. وعندهما: يضمن قيمته في الحالين، وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك بخمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقيل: على قول أبي يوسف: إنه يضمن مقدار الدين من القيمة. وعلى قول محمد - رحمه الله -: له أن يملكه إن اختار، وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - خمسة أسداسه. وعند أبي يوسف: يضمن ثلثيه. وعند محمد - رحمه الله -: إن نقص مقدار الجودة لم يعتد به، وإن نقصه من الوزن فإن شاء ملكه خمسة أسداسه بالدين، وإن شاء أفتكه بجميع الدين وإن شاء غرمه قيمة خمسة أسداسه حتى لا يسقط حقه من الجودة، وبقي الكلام هنا في فصل واحد، وهو أن كل موضع ضمن بالمرتهن بعض القلب بالانكسار ملك ما ضمن بالضمان، وصار شريكا في بقية الرهن.

[باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) ش: هذه المسألة مرت في البيوع، فالبيع بشرط الرهن المعين، والكفيل المعين جائز، ولا نعلم فيه خلافا.

وإذا لم يكن الرهن معينا، وكذا الكفيل لا يجوزه وكذا إذا كان الكفيل غائبا عندنا، والشافعي، وأحمد. وحكي عن مالك وأبي ثور: يصح شرط الرهن المجهول، ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين.

م: (والقياس: أن لا يجوز، وعلى هذا القياس **والاستحسان** إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل) ش: أي قبل الكفيل الكفالة م: (وجه القياس: أنه صفقة في صفقة، وهو." (١)

"منهي منه، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع، وجه **الاستحسان**: أنه شرط ملائم للعقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق، وأنه يلائم الوجوب، فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا، اعتبرنا فيه المعنى، وهو ملائم، فصح العقد. وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة، فبقي الاعتبار لعينه فيفسد. ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح. ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه. وقال زفر - رحمه الله -: يجبر؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥٢٤

ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات، ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع، لأنه

ــــــــQمنهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد) ش: قيد به لأنه لو كان شرطا يقتضيه العقد، وهو الذي يجب بالعقد من غير شرطه كما لو شرط تسليم المبيع على البائع أو على المشتري تسليم الثمن لا يفسد م: (وفيه منفعة لأحدهما) ش: أي في الشرط المذكور، وهو شرط رهن شيء بعينه منفعة لأحد المتعاقدين؛ لأنه شرط مؤكد موجب العقد، لأن المقصود بالرهن، والكفالة التوثق بالثمن، فصار كاشتراط الجودة م: (ومثله) ش: أي مثل هذا الشرط م: (يفسد البيع) .

م: (وجه **الاستحسان**: أنه شرط) ش: أي أن هذا الشرط م: (ملائم العقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق، وأنه يلائم الوجوب) ش: أي وإن الاستيثاق ملائم وجوب الثمن، إذ هو شرط استيفاء الثمن، فيلائم العقد. م: (فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) ش: وهو عقد وثيقة م: (وهو ملائم، فصح العقد. وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا، أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا) ش: أي المتعاقدان م: (لم يبق معنى الكفالة والرهن) ش: وهو التوثق م: (للجهالة فبقي الاعتبار لعينه) ش: أي لعين الشرط م: (فيفسد، ولو كان) ش: أي الكفيل م: (غائبا فحضر في المجلس وقبل) ش: أي الكفالة م: (صح) ش: أي العقد م: (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) ش: أي على التسليم، وبه قال الشافعي وأحمد، م: (وقال زفر – رحمه الله –: يجبر) ش: وبه قال مالك، وأبو ثور، وابن أبي ليلى، والقاضي الحنبلي فيما عدا الكفيل م: (لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه) ش: أي من حقوق البيع م: (كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه) ش: أي فيلزم المشتري بلزوم البيع.

م: (ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه) ش: في أوائل كتاب الرهن م: (ولا جبر على التبرعات، ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه." (١)

"وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، فللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع، فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل، لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا، وكله رهنا لذلك في حالة واحدة، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥٢٥

لكل واحد منهما بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر،

ـــــــQو" مختصر القدوري "، وإنما ذكرها الكرخي في "مختصره " م: (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، فللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع) ش: وعند الأئمة الثلاثة بالشيوع لما أن رهن المشاع جائز عندهم.

م: (فإن أقام الرجلان) ش: قال تاج الشريعة: أي اللذان سبق ذكرهما عند قوله إن رهن عينا واحدة عند رجلين، وفي بعض النسخ فإن أقام رجلان، وحينئذ لا حاجة، إلى هذا التكلف. صورته: عبد في يد رجل وأقام الرجلان م: (كل واحد منهما البينة على رجل) ش: أي الذي هو العبد في يده م: (أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) ش: أي قيام كل واحد من البينتين بالرهن باطل، أي قال الفقيه أبو الليث: وقال في كتاب الشهادات: الرهن في القياس باطل، وفي الاستحسان جائز، وبالقياس. فأخذ وجه الاستحسان أنه يجوز أن يكون الشيء رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه. وجه القياس ما ذكره المصنف بقوله: م: (لأن كل واحد منهما) ش: أي من الرجلين م: (أثبت بينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء) ش: أي لا وجه أيضا إلى الحكم م: (لكل واحد منهما بالكل) ش: أي بكل العبد م: (لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا، وكله رهنا لذلك في حالة واحدة) ش: والاستحالة فيه ظاهرة م: (ولا إلى القضاء) ش: أي ولا وجه إلى الحكم م: (بكله) ش: أي بكل العبد م: (لواحد) ش: من الاثنين م: (بعينه لعدم الأولوية) ش: أي لعدم من يكون أولى منهما، أي من الاثنين م: (ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف) ش: أي بنصف العبد م: (لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما) ش: أي لأن القضاء لكل منهما أي بالبينتين م: (وتعين التهاتر) ش: أي تهاتر البينتين، أي تساقطها والترك، فالحكم لعدم الترجيح، ولا أن القضاء، أي ولا وجه أيضا إلى الحكم لكل واحد منهما.." (١)

"ولا يقال: إنه يكون رهنا لهما، كأنهما ارتهانه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات، هذا وجه الاستحسان، لأنا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة؛ لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملا على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمدا - رحمه الله - أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة، لأن الباطل لا حكم له.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٥٣١

قال: ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه.

ـــــــم: (ولا يقال: إنه) ش: أي أن العبد م: (يكون رهنا لهما) ش: أي للاثنين م: (كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما) ش: أي لأن التاريخ لم يعلم بين بينتي الاثنين، فإذا كان كذلك يصح أن يكون رهنا بينهما، وهذا وجه الاستحسان، أشار إليه بقوله: م: (وجعل في كتاب الشهادات، هذا وجه الاستحسان) ش: أي جعل محمد في كتاب الشهادات من " المبسوط " هذا الذي ذكره من قوله لا يقال إلا أن وجه الاستحسان في الجواز.

م: (لأنا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة، لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا) ش: سماه حبسا، لأن الرهن حبس م: (يكون وسيلة إلى مثله) ش: أي إلى مثل حبس يكون وسيلة في الاستيفاء ش: أي استيفاء كل الرهن م: (وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره) ش: أي إلى شطر الحبس م: (في الاستيفاء وليس هذا) ش: أي ليس القضاء ثبوت حق يكون وسيلة إلى شطر الحبس م: (عملا على وفق الحجة) ش: التي يقوم بها كل واحد منهما، لأن كلا منهما يثبت حبسا يكون وسيلة إلى استيفاء تمام حقه. ولو جعل هذا يكون وسيلة إلى نصف حقه.

م: (وما ذكرناه) ش: قال تاج الشريعة: أي ما ذكرنا في الجواب، وهو أنه باطل م: (وإن كان قياسا لكن محمدا - رحمه الله - أخذ به) ش: أي بالقياس وترك الاستحسان، وهذا عزيز جدا حيث قدم القياس على الاستحسان م: (لقوته) ش: أي لقوة القياس، وضعف وجه الاستحسان له أنه عمل بخلاف ما قامت به البينة فلا يصح م: (وإذا وقع) ش: أي الرهن المذكور م: (باطلا فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له) ش: فلا يلزم لأحد شيء.

م: (قال) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير " م: (ولو مات الراهن) ش: أشار بهذا إلى أن المسألة المتقدمة فيما إذا كان الراهن حيا، وهذه المسألة في بيان ما إذا مات الراهن م: والعبد في أيديهما) ش: أي الحال أن العبد في أيد المرتهنين م: فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا) ش: أي على أن كل منهما ارتهنه م: (كان في يد كل واحد منهما رهنا يبيعه بحقه) ش:." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٣٢/١٢

"استحسانا، وهو قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - وفي القياس هذا باطل، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن، فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن، وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة. وجه **الاستحسان**: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة، أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات؛ لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

ــــــــQأي يبيعه كل واحد نصف حقه م: (استحسانا) ش: أي من حيث وجه **الاستحسان** م: (وهو) ش: أي **الاستحسان** م: (قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وفي القياس: هذا باطل، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن، فيكون القضاء به) ش: أي بالحبس للاستيفاء م: (قضاء بعقد الرهن، وأنه باطل) ش: أي القضاء بعقد الرهن باطل م: (للشيوع كما في حالة الحياة) ش: لأنه لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما إلا في النصف فيلزم الشيوع.

م: (وجه **الاستحسان**: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره) ش: لأن الحبس في الشيوع لا يجوز، م: (وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار) ش: أي حكم هذا كما قالوا جميعا في كتاب النكاح م: (كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة) ش: أنه تزوجها م: (أو ادعت أختان النكاح على رجل) ش: أنه تزوجهما م: (وأقاموا) ش: أي الرجلان والأختان م: (البينة) ش: على دعواهم م: (تهاترت) ش: أي البينة منهم (في حالة الحياة) يعني لا يقضى لهم، لأن المقصود في حالة الحياة الحل، وهو لا تحل الشركة وبعد الممات تقبل البينة (ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات؛ لأنه) ش: أي لأن الميراث م: (يقبل الانقسام) ش: لأنه قال: تحل الشركة والشياع، ويقضى لكل رجل منهما بالنصف، وهو ميراث الزوج، ويقضى للأختين لكل واحد منهما بالمهر وبنصف الميراث.

م: (والله أعلم) .

تم الجزء الثاني عشر من: " البناية في شرح الهداية ".

ويليه: الجزء الثالث عشر مبتدئا بالباقي من كتاب الرهن أيضا.." (١)

"وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء. وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء؛ لأنه يزول

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٣٣/١٢

به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل. وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية، بخلاف الإبراء، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

ـــــــم: (وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) ش: هذا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين، إلى قوله ويجب عليه رد ما استوفى، يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين عن المرتهن بطريق المقاصة، ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن، فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته، وكذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائما وقيمته إن هلك بعد الصلح، م: (لأنه) ش: أي لأن الصلح عن الدين على العين م: (استيفاء) ش: للدين.

م: (وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين؛ لأنه في معنى البراءة) ش: أي لأن الحوالة على تأويل عقد الحوالة، وإنما قال في معنى الإبراء إشارة إلى الجواب عما يقال في ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه، فكان ينبغي أن يكون معنى الإبراء فيهلك أمانة.

ووجه ذلك: ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها م: (بطريق الأداء) ش: دون الإسقاط م: (لأنه يزول به) ش: أي بعقد الحوالة م: (عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه) ش: أي أو يزول ما يرجع، أي المحتال م: (به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين) ش: أي على المحيل في المال م: (لأنه) ش: أي لأن المحتال عليه م: (بمنزلة الوكيل) ش: بقضاء الدين عن المحيل.

م: (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه) ش: يعني بعد التصادق على عدمه بجواز أن يتذاكرا، ووجوبه بعد التصادق على انتفائه م: (فتكون الجهة باقية) ش: وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب م: (بخلاف الإبراء، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب) ش: هذا راجع إلى قوله ولو استوفى في ذلك؛ لأنه من ثمة إلى هاهنا بعوض على جواب **الاستحسان** في صورة الإبراء، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية.

وقال الأترازي: قوله: بخلاف الإبراء يتصل بقوله: يهلك بالدين. يعني أن المرتهن إذا." (١)

"وفي كتاب الصلح: أن الوصي لا يملك الصلح؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء، ووجه المذكور هاهنا أن المقصود من الصلح المال، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٦٠

بخلاف القصاص؛ لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو؛ لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال، فهو أولى، وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفي. وفي **الاستحسان**: يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال

ـــــــم: (وفي كتاب الصلح) ش: أي ذكر في كتاب " الصلح " من الأصل: م: (أن الوصي لا يملك الصلح؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه) ش: ملحقا به وهو معنى قوله م: (فينزل منزلة الاستيفاء) ش: فلا يجوز حينئذ صلح الوصي.

م: (ووجه المذكور هاهنا) ش: أي في " الجامع الصغير ": م: (أن المقصود من الصلح: المال وأنه يجب بعقده) ش: أي بعقد الوصي. م: (كما يجب بعقد الأب) ش: فوجب القول بصحته م: (بخلاف القصاص) ش: حيث لا يملك الوصي استيفاءه في النفس م: (لأن المقصود) ش: من القصاص م: (التشفي وهو) ش: أي التشفي م: (مختص بالأب) ش: لقربه وكمال شفقته، وهذا أمر معهود من الأب، والوصي لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثأر.

م: (ولا يملك) ش: أي الوصي م: (العفو؛ لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال) ش: أي لما في العفو من إبطال حقه فإذا كان كذلك م: (فهو أولى) ش: أي فالعفو من الوصي أولى من الإبطال. حاصل الفصل: أن الروايات اتفقت في الأب أنه يستوفي القصاص في النفس وما دونها. وأنه يصالح في البابين جميعا، ولا يصح عفوه في البابين. واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس، وأنه يملك استيفاء ما دونها. وأنه يملك الصلح فيما دونها، ولا يملك العفو في البابين. وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحة في النفس على مال. فقال في " الجامع الصغير ": يصح صلحه.

وقال في كتاب الصلح: لا يصح، م: (وقالوا) ش: أي المشائخ - رحمهم الله -: م: (القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد وهو التشفي. وفي **الاستحسان**: يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فإنها) ش: أي فإن الأطراف م: (خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف) ش: في الأصول م: (فكان استيفاؤه) ش: أي استيفاء الوصي. م: (بمنزلة التصرف في المال) ش: فيجوز.." (١)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٩٢

"والصبي بمنزلة المعتوه في هذا، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه.

قال: ومن قتل وله أولياء صغار وكبار، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

ـــــــوفي " المحيط ": القياس هو قول أبي حنيفة - رحمه الله -، في رواية، وهو الأظهر على قولهما: لأنهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص فالنكول.

وهو قول الشافعي - رحمه الله - لما لا يملكه في النفس، وفي " **الاستحسان** ": يملكه، وبه قال مالك - رحمه الله -، وأحمد - رحمه الله -، وفي " جامع أبي الليث " - رحمه الله -: هذا إذا أدرك معتوها، فإن أدرك عاقلا فلا. ثم عنه: لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه في قول زفر - رحمه الله -، وعند أبي يوسف - رحمه الله -: حكمه حكم الذي أدرك معتوها سواء.

وفي " المبسوط ": لو كان يجن ويفنى فهو كالصحيح، ولو جن بعد القتل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقا يسقط القود، وعن محمد - رحمه الله -: ولو جن بعد القتل لا بقتل. وكذا: لو عته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياسا.

قال في موضع آخر: وعن أبي يوسف - رحمه الله -: قبل الرفع إلى الوالي لا يقتل قياسا، وبعد الرفع يقتل استحسانا.

م: (والصبي بمنزلة المعتوه في هذا) ش: أي في القتل والصلح وعدم جواز المعتوه. وقال تاج الشريعة - رحمه الله -: أي في هذا المعنى للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس وما دونها. وقال الشافعي: ليس له ذلك.

م: (والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح) ش: يملك الاستيفاء في النفس، وفيما دون النفس؛ لأن له ولاية في النفس والمال جميعا.

م: (ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه) ش: أي بمنزلة السلطان، وفي " المحيط " قال أبو يوسف - رحمه الله -: ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كما للقيط، كما ليس له أن يعفو بغير مال. وقال الأترازي - رحمه الله -: للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولي له أن يصالح، وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، ومحمد - رحمه الله -.

[قتل وله أولياء صغار وكبار]

م: (قال) ش: محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير " م: (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار، فللكبار

أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أي قبل بلوغ الصغار. وبه قال مالك - رحمه الله - ، وأحمد - رحمه الله - في رواية، والليث بن سعد، وحماد بن سليمان،." (١)

"لقول عمر - رضي الله عنه - فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم، ولأن القتل بطريق التغالب غالب، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء. وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين. وقال الشافعي - رحمه الله -: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته.

ـــــــQفي رواية: لا يقتلون به ويجب عليهم الدية، وهذا الذي ذكره القدوري استحسان.

والقياس: أن لا تقتل الجماعة بالواحد لأن القصاص يبنى عن المساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة، وجه **الاستحسان**: ما أشار إليه المصنف - رحمه الله - بقوله: م: (لقول عمر - رضي الله عنه - فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) ش: هذا رواه مالك في " الموطأ "، أخبر به يحيى بن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة، وقال: لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم. ورواه محمد بن الحسن أيضا عن مالك.

قوله: " تمالأ " أصله المعاونة في ملء الدلو ثم عم تعاونوا تمالوا " أي تعاونوا، وصنعاء قصبة باليمن.

والغيلة: بكسر الغين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف، فإذا صار معه قتله، وقوله: "قتل غيلة " مضاف ومضاف إليه.

م: (ولأن القتل بطريق التغالب غالب) ش: أراد أن القتل بغير حق لا يكون في العادة إلا بالتغالب والاجتماع لأن الواحد يقاوم الواحد غالبا م: (والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء) ش: أراد أن الحكمة الموضوعة في القصاص إحياء النفس، فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص، وفيه إبطال الحكمة المذكورة.

م: (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء الىمقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) ش: هذا كله لفظ القدوري. قال أصحابنا: الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص.

م: (وقال الشافعي - رحمه الله -: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال) ش: يعني إذا كان قتلهم على

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٩٣

التعاقب م: (وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته) ش: ويجب للباقين بالمال، وقد أوضح هذه في الطريقة العلانية حيث." (١)

"كذا هذا، وله: أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة، والعفو لم يتناوله بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل. وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه، ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في **الاستحسان** تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود. ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، أن السراية صفة له، بل الساري قتل من الابتداء، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا، فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل. ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه

ــــــــم: (كذا هذا، وله) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله -: م: (أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل. وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه، ونحن نوجب ضمانه) ش: أي ضمان القتل.

م: (وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في **الاستحسان** تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود) ش: أي الشبهة مسقطة للقصاص.

م: (ولا نسلم) ش: هذا جواب عن قولهما: فيكون العفو عفوا عنه، أي لا نسلم م: (أن الساري نوع من القطع، وأن السراية صفة له) ش: قيل فيه نظر، فإنه منع كون السراية صفة له، يقال: سرى القطع وقطع سار، فكيف يصح؟ ففي ذلك أجيب عنه: بأن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك، بل هي مخرجة عن حقيقتها، كما يقال: عصير مسكر.

م: (بل الساري قتل من الابتداء) ش: هذا إضراب عن قوله: نوع من القطع، وذلك أن القتيل فعل مزهق للروح، وبه عرفنا أنه كان قتلا.

م: (وكذا لا موجب له) ش: أي للقطع الساري م: (من حيث كونه قطعا) ش: لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع، مضاف إلى غير محله فلا يصح، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القطع، وهو معنى قوله: م: (فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه) ش: أي لأن لفظ الجناية م: (اسم جنس) ش: يتناول

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/١٢٥

الساري وغيره.

م: (وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل) ش: وهذا ظاهر

م: (ولو كان القطع خطأ فقد أجراه) ش: أي فقد أجراه محمد - رحمه الله - م: (مجرى العمد في هذه الوجوه) ش: وهو العفو عن القطع مطلقا وما يحدث منه، والعفو عن." (١)

"بذلك. قال: وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا: لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص على ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات، وتأويله إذا شهدوا

ــــــــQأي لإقرار القاتل للمشهود عليه بذلك: أي بثلث الدية إذا أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه، ولكنه يصرف إلى الشاهد، وفي بعض النسخ: ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يلزمه شيء، لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، أي بتكذيب المشهود عليه القاتل في إنكاره العفو، يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين، صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل في إنكاره العفو بعدد بالقياس.

قال زفر - رحمه الله -: وجه **الاستحسان** أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية، لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب، وانقلب نصيبه مالا. والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما، أو صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو مقرا للشاهدين بما أقر به القاتل، وهو ثلث الدية له، أي للغائب، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل لرجل بألف درهم، فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان، جاز وصار الألف لفلان، وكذا هذا حاصله: أن من أقر لإنسان بشيء فأقر المقر له لغيره لا يصير ردا للإقرار، ولكن يتحول الحق إلى المقر له الثاني.

[شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات]

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير ": م: (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/١٣٧

ش: أي المضروب م: (صاحب فراش) ش: يعني لم يحصل له البرء أصلا م: (حتى مات فعليه القود) ش: أي القصاص، إلى هنا لفظ محمد في " الجامع ".

وقال المصنف م: (إذا كان عمدا) ش: احترز به عن الخطأ وتفسير العمد أن يضربه عمدا فيموت بسبب ذلك الضرب، حتى لو كان يوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقبل، وإن كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات، فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به.

م: لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص على ما بيناه) ش: في القتل العمد م: (والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرفه إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات. وتأويله) ش: أي وتأويل قول محمد – رحمه الله –: م: (إذا شهدوا) ش:." (١)

"تقبل هذه الشهادة، لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، فجهل المشهود به. **وجه الاستحسان**: أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل، فيجب أقل موجبيه وهو الدية، ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه. وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه

ــــــــــتقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به) ش: لأنه غفلة من الشاهدين م: (**وجه الاستحسان**: أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل) .

ش: ولهذا وجب التحرير في التكثير بقوله: "فتحرير رقبة "، ولو كان مجملا لما وجب الكل فإذا كان كذلك م: (فيجب أقل موجبيه) ش: أي أقل موجبي القتل وهو القصاص والدية. قال شيخنا العلاء أدنى موجبيه وفيه صفة التجنيس التام كما في قوله تعالى: ﴿ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة﴾ [الروم: ٥٥] .

الأول: بمعنى الإبهام، والثاني: بمعنى الإحسان. وصرح في المبسوط بأحد موجبيه م: (وهو: الدية، ولأنه يحمل إجمالهم) ش: أي إجمال المشهود م: (في الشهادة على إجمالهم) ش: أي إحسانهم م: (بالمشهود عليه سترا عليه) ش:، أي لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص. وهذا في الحقيقة جواب عما يرد على **وجه الاستحسان**، وهو أن يقول المشهود في قولهم: لا ندري بأي شيء قتله. إما صادقون وإما كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب. وعلى كل التقدير يجب أن لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم إن صدقوا امتنع العصابة لاختلاف موجب السيف والعصا. وإن كذبوا فكذلك، لأنهم صاروا فسقة. وقال في جوابه: جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري ستروا عليه. م: (وأولوا كذبهم) ش: أي المشائخ أولوا كذب

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٥١/١٣

الشهود م: (في نفي العلم) ش: أي في قولهم: لا ندري م: (بظاهر ما ورد) ش: نصب بنزع الخافض، أي بظاهر ما ورد م: (بإطلاقه) ش: أي بإطلاق الكذب أي تجويزه على ما ورد في الحديث من قوله - صلى الله عليه وسلم -: «ليس بكذاب من أصلح الوصل وأنهى البين الوصل» ، قاله الجوهري، والشراح كلهم ذكروا هذا الحديث ولم يتعرض أحد منهم من أخرجه ولا من رواه عن النبي - صلى الله عليه وسلم -.

قلت: الحديث رواه ابن أبي شيبة - رحمه الله -، ولفظه: حدثنا يزيد بن هارون حدثنا سفيان بن حسين عن الزهري، عن عبد الرحمن عن أبيه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لم يكذب من قال خيرا أو أصلح بين اثنين»." (١)

"أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب، لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر، فكان القول للمنكر، ولو لم تسقط لا شيء على الضارب. وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه تجب حكومة الألم، وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى، ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص، لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه. وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا. وكذا لو احمر أو اخضر.

ــــــهالموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سببا لنقلة العظم عادة، بل يكون ذلك أثر بسب حادث فلا يبقى الظاهر شاهدا للمضروب، فلا يكون القول قوله.

م: (أما التحريك فيؤثر في السقوط) ش: أي أما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب " وبهذا حصل الفرق بين المسألتين، أشار إليه بقوله: م: (فافترقا) ، ش: أي الحكم المذكور في المسألة الأولى والحكم المذكور في المسألة الثانية، وكان القياس أن يكون القول للضارب فيهما، لأنه منكر، ولكن في " **الاستحسان** " فرق بينهما في الوجه الذي ذكره المصنف.

م: (وإن اختلفا في ذلك) ش: أي وإن اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن م: (بعد السنة) ش: فقال المضروب: سقطت بضربك " وقال الضارب: بل سقطت بأمر حادث، (فالقول للضارب؛ لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر، فكان القول للمنكر، ولو لم تسقط) ش: يعني إذا تحركت السن، ولو لم تسقط ولم يحصل فيها عيب كالاسوداد ونحوه م: (لا شيء على الضارب، وعن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٥٣/١٣

أبي يوسف - رحمه الله -: أنه تجب حكومة الألم) ش: وفي بعض النسخ: وعن أبي حنيفة - رحمه الله - مكان أبي يوسف، والأول أصح، لأنه ذكر في " الذخيرة " وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع م: (وسنبين الوجهين. بعد هذا إن شاء الله تعالى) ش: والوجهان هما قوله: ولا شيء على الضارب، وقوله: حكومة الألم والموعود فيما بعد هذا هو قوله: سقط الأرش عند أبي حنيفة. . . إلى آخره.

م: (ولو لم تسقط) ش: أي السن م: (ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا) ش: أراد به قوله لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه.

م: (وكذا) ش: أي وكذا لا قصاص م: (لو احمر) ش: أي السن م: (أو اخضر) ش: بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله، وقالت الأئمة الثلاثة يجب الحكومة." (١)

"وجه الاستحسان: ما روي أن النبي- عليه الصلاة والسلام - قال: «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى " أو خمسمائة " فتركنا القياس بالأثر، وهو حجة على من قدرهما بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا إذا كانت

ـــــــالظاهر أنه حي أو معد للحياة، فأجاب بقوله: والظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير، وإنما قيد به لأن الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل، فأجاب: لأن الظاهر به سلامة الأعضاء من ذلك في أول كتاب الديات، وبالقياس قال زفر، ذكره في " الذخيرة ".

م: (وجه الاستحسان ما روي أن النبي- عليه الصلاة والسلام - قال: «في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ،) ش: هذا غريب م: (ويروى أو خمسمائة) ش: هذا رواه الطبراني في معجمه، من حديث أبي المليح عن أبيه مطولا وفيه: «غرة عبد أو أمة أو خمسمائة» . والحديث في " الصحيحين " عن أبي بكر - رضي الله عنه -: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة وليس فيه ذكر الخمسمائة» . وروى محمد بن الحسن في " موطئه " عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة، فقال الذي قضى عليه: كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل ومثل ذلك، بطل؟ ! فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (إنما هذا من إخوان الكهان» ، قوله: غرة عبد أو أمة بالرفع،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢١٠/١٣

لأنه صفة الغرة وتغيرها، ويروى بالإضافة، والأول أحسن م: (فتركنا القياس بالأثر) ش: أي بالحديث من النبي – صلى الله عليه وسلم – وبالأثر من غيره.

وروى ابن أبي شيبة في (مصنفه) حدثنا إسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم: أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قوم الغرة خمسمائة دينار. وأخرج أبو داود في " سننه – عن إبراهيم النخعي – رضي الله تعالى عنه – قال: الغرة خمسمائة، يعني درهما.

م: (وهو) ش: أي الحديث المذكور م: (حجة على من قدرهما) ش: عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب الاختلاف في الدية، فعندهم أن الدية اثنا عشر ألفا، فالغرة م: (بستمائة نحو مالك والشافعي) ش: عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة.

م: (وهي) ش: أي الغرة م: (على العاقلة) ش: أي على عاقلة الضارب م: (عندنا إذا كانت." [1]

"فالضمان على الأجراء قياسا؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم. وفي **الاستحسان**: الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك لنقل الفعل إليه.

قال: ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعد هو تسبيب، والثاني تعد هو مباشرة، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي. قال: ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان. وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين،.

ـــــQفالضمان على الأجراء قياسا، لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم. وفي **الاستحسان** الضمان على المستأجر، لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا) ش: أي باعتبار ظاهر اليد من إلقاء الطين ونحوه م: (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه) ش: أي إلى المستأجر.

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢١٩/١٣

[جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب]

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (ومن جعل قنطرة) ش: القنطرة ما أحكم بناؤه ولا يرفع، والجسر ما يوضع ويرفع م: (بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل قنطرة، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول) ش: يعني جعل القنطرة م: (تعد هو تسبيب، والثاني) ش: يعني وضع الخشبة م: (تعد هو مباشرة، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى) ش: لأن الحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحا لإضافة الحكم إليه إن كانت مباحة، فأما إذا استويا في العدوانية فالإضافة إلى صاحب العلة، لأنها بالإضافة أولى لكونها أقوى.

م: (ولأن تخلل فعل فاعل مختار) ش: بين السبب والحكم م: (يقطع النسبة) ش: أي نسبة الحكم إلى السبب م: (كما في الحافر مع الملقي) ش: أي كما في حافر البئر على قارعة الطريق مع الذي ألقاه، أي دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر.

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن، وكذا إذا سقط) ش: أي من الحامل شيء م: (فتعثر به إنسان. وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين) ش: وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثوره عليه.." (١)

"**وجه الاستحسان**: أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب؛ ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط

ـــــــــــــــ‌البئر، ونحوه قوله: " هو متعد فيه " جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستويا. ثم صار مائلا. وأوضح ذلك تاج الشريعة. - رحمه الله تعالى - قبله، والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب، ولم يوجد شيء منها.

أما المباشرة: فلأنه لم يتصل بالمؤلف فعل من صاحب الحائط. ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة، ولا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٢٣٩

يحرم عن الميراث وإن شهد عليه. وأما التسبب: فلأنه أبطل أثر فعل، وهو يعد من المتلف كحفر للبئر والحائط.

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح. لأنه إن فعل حصل في ملكه، وفعل الإنسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سببا للضمان كحفر البئر في ملكه، غاية ما في الباب أنه ترك معروفا وأنه لا يوجب الضمان، كما لو أرسل إنسان دابته في مراع فدخل في زرع إنسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى أفسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا.

م: (**وجه الاستحسان**: أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم) ش: على صيغة المجهول م: (إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعديا) ش: **وتوجه الاستحسان**.

قال مالك وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري - رحمهم الله - وغيرهم من أئمة التابعين كشريح والشعبي - رحمهم الله - وروي ذلك عن علي - رضي اللہ عنه -: م: (بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به) ش: حتى يضمن إذا ملك في يده م: (كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد) ش: فإنه لا يضمن بالإجماع.

وعن بعض أصحاب أحمد وجه: أنه يضمن قبل الإشهاد أيضا، وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو ثور وإسحاق م: (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله) ش: أي ولصحاب الحائط م: (تعلق بالحائط) ش: هذا جواب إشكال وهو أن يقال: الهواء حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي أن يكون تفريغه عليهم، فأجاب بقوله: وله تعلق بالحائط يعني." (١)

"يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى، وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان.

قال: وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، وقال زفر والشافعي - رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؟ لما روي ذلك عن علي - رضي الله عنه - ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة، أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٢٤٧

عليهما، يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا.

ـــــــQيضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه) ش: من قوله، لأن التلف بثقله م: (والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى) ش: لأنه لا عبرة للتسبب مع المباشرة.

ألا ترى إلى الدفع مع الحفر م: (وقيل: الضمان عليهما) ش: أي على الراكب والسائق م: (لأن كل ذلك سبب الضمان) ش: أي كل واحد منهما بانفراده عامل في الإتلاف، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان.

وقال الكرخي - رحمه الله - في " مختصره ": ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطئت إنسانا فقتلته، فالدية عليهما نصفان، لأنهما الآن راكب وسائق يعني أن الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب مشتركان في الضمان.

وكذا الناخس، يعني أن الناخس كالسائق، وقال الإمام الأسبيجابي - رحمه الله -: فإن كان سائق وراكب، أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما جميعا، غير أن الكفارة على الراكب وحده.

[اصطدم فارسان فماتا]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله تعالى -: م: (وإذا اصطدم فارسان) ش: تقييد بالفارسين اتفاقي، إلا أن الحكم في الماشيين كذلك أو قيده بحسب الغالب م: (فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، وقال زفر والشافعي - رحمهما الله -: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) ش: به قال مالك - رحمه الله - م: (لما روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -) ش: هذا غريب على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

م: (ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهارا) ش: أي سقط م: (عليهما، يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا) ش: وهذا الذي ذكره زفر والشافعي - رحمهما الله - هو القياس، **والاستحسان** ما ذكره." (١)

"العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل. وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك، قال: العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية، وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/ ٢٦٠

النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وهاهنا قال يجب " قيل: ما ذكر هاهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا – على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا، فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية، بل يقررها حيث صالح عنها على مال،

ـــــــالعبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ) ش: أي: نسخ " الجامع الصغير "، وبه صرح فخر الإسلام في " جامعه " وصاحب " الكافي " فيه: م: (رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك، قال) ش: أي المصنف: م: (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) ش: يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو م: (وهذا الوضع) ش: قيل: إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة. وقال الأترازي: أي وضع " الجامع الصغير " في النسخة المعروفة، وفي النسخة الأخرى جميعا م: (يرد إشكالا) ش: في هذه المسألة وهي قوله: م: (فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك) ش: يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة؟

م: (وهاهنا) ش: أي في هذه المسألة م: (قال يجب) ش: أي القصاص، وهذا وجه الإشكال، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الإشكال بقوله: م:)قيل: ما ذكر هاهنا) ش: من وجوب القصاص م: (جواب القياس) ش: وما ذكر هناك جواب الاستحسان م: (فيكون الوضعان جميعا على القياس) ش: في الأول م: (والاستحسان) ش: في الثاني فاندفع التدافع، وحصل التوافق.

م: (وقيل: بينهما فرق) ش: أي بين الوضعين فرق ظاهر، يعني: بين هذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة، بل وجبت الدية.

م: (ووجهه) ش: أي وجه الفرق م: (أن العفو عن اليد صح ظاهرا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا) ش: ويبطل به الجناية، لأن العفو عنها يبطله م: (فبعد ذلك وإن بطل حكما) ش: أي حكم العفو بالسراية م: (يبقى موجودا حقيقة، فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية، بل يقررها حيث صالح عنها على مال) ش: وجب القصاص،." [1]

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٨٩/١٣

"كان القول قوله لما ذكرنا.

قال: ومن أعتق جارية ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: قطعتها وأنا حرة فالقول قولها " وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليها. ولهما: أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره: فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقئت وقال المقر له: لا؛ بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة.

ـــــــــــــــq كان القول قوله لما ذكرنا) ش: أشار به إلى قوله " لما أنه أسنده " إلى حالة معهودة منافية للضمان، لأن الصبي والمجنون ينافي ذلك. وكذا إذا قال: أقررت بهذا المال لفلان وأنا صبي، وقال المقر له: بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر، لأن الصبي ينافي وجوب الإقرار.

[أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة]

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير ": م: (ومن أعتق جارية ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: قطعتها وأنا حرة فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة) ش: بأن قال جامعتك وأنت أمتي، أو قال: أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى م: (استحسانا) ش: أي من حيث الاستحسان م: (وهذا) ش: أي كون القول للمولى م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -) .

م: (وقال محمد - رحمه الله -: لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه) ش: أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه م: (يؤمر برده عليها) ش: وبقول محمد قال زفر - رحمه الله - م: (لأنه) ش: أي لأن المولى م: (منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى) ش: أشار بها إلى قوله: وإذا أعتق العبد فقال للرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، وقال الآخر: قتلته وأنت حر فالقول قول العبد.

م: (وكما في الوطء والغلة، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليها. ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - م: (أنه) ش: أي أن المولى م: (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله،

كما إذا قال لغيره: فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقئت) ش: يريد به براءته عن ضمان العين قصاصا وأرشا م: (وقال المقر له: لا؛ بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) ش: يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحا ثم سقط يسقط القصاص." (١)

"والفرق لمحمد - رحمه الله - أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك. فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق. فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه.

قال: ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية. وهذا استحسان، والقياس: أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله - لأن الغصب في الحر لا يتحقق، ألا يرى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر، فإذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى. وجه **الاستحسان**: أنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبيبا؛ لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق.

ـــــــفعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين، أشار إليه المصنف بقوله: م: (والفرق لمحمد - رحمه الله - أن في الأولى) ش: وهي ما إذا كانت الجناية الأولى عند الغاصب، والثانية عند المالك م: (الذي يرجع به) ش: أي الولي م: (عوض عما سلم لولي الجناية الأولى؛ لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك. فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق) ش: لأن هذا بدل ما وقع إليه وبدل الشيء يقوم مقامه، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الاستحقاق.

م: (فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) ش: أي إلى تكرار الاستحقاق.

قال الأكمل: قوله: " أما في هذه المسألة " فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب، لكن أخذ الولي منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق، حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه.

[غصب صبيا حرا فمات فجأة]

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (ومن غصب صبيا حرا) ش: أي ذهب به بغير إذن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٢٩٣

وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه م: (فمات في يده فجاة أو بحمى فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله -) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (لأن الغصب في الحر لا يتحقق، ألا يرى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا، فإذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى) .

م: (وجه الاستحسان: أنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسببيا) ش: أي من حيث السببية م: (لأنه نقله إلى أرض مسبعة) ش: أي إلى أرض تأوي إليها السباع م: (أو إلى مكان الصواعق) ش: أي إلى مكان تنزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة معروف.." (١)

"وهكذا الجواب في " المبسوط " وعن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصل: أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال للولي: ألك بينة، فإن قال لا، يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة. ووجهه: أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم، وفيما وراءه بقي على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم. وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس. بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه

ـــــــوأطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم م: (وهكذا الجواب في " المبسوط ") ش: يعني أوجب القسامة والدية مطلقا.

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصل: أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال للولي ألك بينة، فإن قال لا، يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدة. ووجهه) ش: أي وجه ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - م: (أن القياس يأباه) ش: أي يأبى الحلف.

م: (لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف) ش: أي الحلف م: (بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم، وفيما وراءه) ش: وهو ما إذا كان الدعوى على البعض

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٣٢١

بعينه م: (بقي على أصل القياس) ش: فلم تجب القسامة م: (وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم) ش: فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه.

م: (وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى، ودعوى فنوجبه) ش: أي نوجب كل واحد من القسامة والدية.

وفي بعض النسخ: فنوجبها، أي القسامة والدية م: (بالنص) ش: الذي ذكر م: (لا بالقياس. بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما) ش: أي القسامة م: (لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك) ش: أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم م: (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه) ش: أي المدعى عليه." [1]

"لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم.

قال: وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم، وقد ذكرناه. وذكرنا فيه القياس والاستحسان. قال: وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو: أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم، بخلاف ما إذا عين من غيرهم؛ لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم

ــــــــــ (لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم) .

[ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم، وقد ذكرناه) ش: أي في مسألة ولو ادعى على البعض م: (وذكرنا فيه) ش: أي في المذكور م: (القياس والاستحسان) ش: سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة – رحمهما الله –.

وروي عن محمد – رحمه الله –: وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الأصل وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرنا: إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم.

م: (وقال: وإذا ادعى على واحد من غيرهم) ش: أي من غير أهل المحلة بعينه م: (سقط) ش: أي سقط

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٣٣٥

كل واحد من القسامة والدية م: (عنهم) ش: أي عن أهل المحلة ويحلف المدعى عليه يمينا واحدة.
وقالت الأئمة الثلاثة: إن كان هناك لوث تكرر اليمين عليه، وقد بيناه من قبل، يريد به قوله هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة م: (ووجه الفرق قد بيناه من قبل) ش: أي بين المسألتين م: (وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر) ش: أي ابتداء القسامة، لأن الشرع أوجب القسامة على أهل المحلة م: (لأنه) ش: أي لأن الواحد الذي عينه م: (منهم) ش.
م: (بخلاف ما إذا عين من غيرهم) ش: أي من غير أهل هذه المحلة م: (لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) ش: فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض.." (١)
"والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته. ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى بالبطلان، إلا أنا استحسناها لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين،
ــــــــوقال أكثر أصحابنا: نسخت بقوله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث» ، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - منهم أبو أمامة الباهلي - رضي الله تعالى عنه - أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجه بإسناده إليه أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: خطب فقال: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» .
وقال الترمذي: حديث حسن، وهو حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول، وقال الأترازي: ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها.
م: (والقياس يأبى جوازها) ش: أي جواز الوصية م: (لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته. ولو أضيف) ش: أي التمليك م: (إلى حال قيامها) ش: إلى قيام المالكية م: (بأن قيل: ملكتك غدا كان باطلا،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٥٢/١٣

فهذا أولى بالبطلان، إلا أنا استحسناها) ش: أي الوصية م: (لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور أمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات) ش: أي الهلاك والموت، والبيات اسم يعني البيت، وهو أن يأتي العدو ليلا م: (يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط) ش: أي إلى تدارك بعض ما سبق منه من التقصير م: (بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك) ش: أي تلافي بعض ما فرط منه م: (فشرعناه) ش: الشارع شرعها م: (ومثله في الإجارة بيناه) ش: يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس، وتجوز في **الاستحسان**، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس؛ لأنها تمليك منفعة معدومة، ولكنها جوزت استحسانا دفعا لحاجة الناس.

م: (وقد تبقى المالكية) ش: جواب عن وجه القياس، أي قد تبقى بعض المالكية م: (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز) ش: أي في تجهيز الميت، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة إليه م: (والدين) ش: كذلك؛ لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة م:." (١)

"وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال: ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي - عليه الصلاة والسلام - في حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه -: «الثلث، والثلث كثير» ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف، ولأنه حق الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم

ـــــــQأعمالكم» ، انتهى.

وانظر التفاوت بين الحديث - الذي ذكره المصنف وبين هذه الأحاديث م: (وعليه إجماع الأمة) ش: أي على كونه مشروعا أجمعت الأمة.

[قدر الوصية] ١

م: (ثم تصح) ش: أي الوصية في الثلث م: (للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا) ش: أشار إلى وجه **الاستحسان** من المنقول والمعقول م: (وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى) ش: أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية، أشار بذلك إلى ما قال بعد ورقة بقوله: ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث.

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ولا تجوز) ش: أي الوصية م: (بما زاد على الثلث) ش: وهذا عند وجود

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٨٩/١٣

الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة، ويجوز عند إجازتهم م: (لقول النبي – عليه الصلاة والسلام –) ش: أي لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – م: (في حديث سعد بن أبي وقاص – رضي الله عنه – : «الثلث والثلث كثير» ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال: «قلت: يا رسول الله: إن لي مالا كثيرا، وإنما ترثني ابنتي، أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا، قال: فالثلثين؟، قال: لا، قال: فبالنصف؟ قال: لا، قال: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير» .

م: (بعدما نفى) ش: أي بعدما نفى النبي – صلى الله عليه وسلم – م: (وصيته) ش: أي وصية سعد م: (بالكل) ش: أي بكل المال م: (والنصف) ش: أي ونصف المال. يدل هذا على عدم الجواز بأكثر من الثلث، وإذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق بن راهويه، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والأوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر: ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث.

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الزائد على الثلث م: (حق الورثة، وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأنه انعقد سبب الزوال إليهم) ش: أي انعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة؛ لأن المرض." (١)

"وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما ينفق من الإيثار على ما نبينه. وقد جاء في الحديث: «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»

ـــــــQسبب الموت م: (وهو استغناؤه عن المال) ش: يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه، وهو معنى قوله: م: (فأوجب تعلق حقهم به) ش: أي بالمال م: (إلا أن الشرع) ش: أي غير أن الشرع م: (لم يظهره) ش: أي لم يظهر الاستغناء م: (في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه) ش: أشار به إلى ما ذكره في وجه **الاستحسان**.

م: (وأظهره) ش: أي وأظهر الاستغناء م: (في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم) ش: أي على الورثة م: (تحرزا) ش: أي احترازا م: (عما ينفق من الإيثار) ش: أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم وهو حرام بالنص م: (على ما نبينه) ش: إشارة إلى قوله عند قوله: " بعد هذا " ولا يجوز لوارثه، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض م: (وقد جاء في الحديث: «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر» ش: قال الأترازي: ولنا في صحة هذا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٩١/١٣

الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة يعني الجور. ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل، ومنه قوله تعالى: ﴿فمن خاف من موص جنفا أو إثما﴾ [البقرة: ١٨٢] (البقرة: الآية ١٨٢) . وفي الحديث إنما يرد من جنف الظالم ما ... انتهى.

قلت: ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه، ولكن قال: روى الجيف بالجيم، وكذلك الأكمل ذكره، ولم أر أحدا منهم حرر هذا الموضع، والحديث لم يثبت، ولهذا قال المخرج: هذا غريب، يعني لم يثبت، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الإضرار في الوصية من الكبائر» وأخرجه النسائي موقوفا. وأخرجه عن ابن عدي بلفظ: «الحيف في الوصية من الكبائر» .." (١)

"قال: إلا في مسألة واحدة وهي: أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا، والقياس: أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول. فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع. وجه الاستحسان: أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة. قال: ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض والوصية تبرع، وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم، إلا أن تبرئه الغرماء؛ لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها.

ــــــــه، ولهذا يرتد بالرد، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة. ثم القبول على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل، فالصريح أن يقول بعد موت الموصي: قبلت، والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولا لوصيته، ويكون ذلك ميراثا لورثته.

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (إلا في مسألة واحدة) ش: هذا استثناء من قوله: "والموصى به يملك بالقبول " يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول م: (وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصي به في ملك ورثته استحسانا، والقياس: أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك) ش: أي ملك الموصي م: (موقوف على القبول) ش: وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية م: (فصار) ش: حكم هذا م: (كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع) .

م: (وجه الاستحسان: أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته،

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٣٩٢

وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه) ش: لأن موته بلا رد دليل القبول، نظيره م: (كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة) ش: فإن البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري، فكذا هنا يكون الوصية موروثة عن الموصى له.

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه) ش: أي فإن الدين م: (فرض) ش: أي أداؤه م: (والوصية تبرع، وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم، إلا أن تبرئه الغرماء) ش: أي أصحاب الديون م: (لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية) ش: حينئذ م: (على الحد المشروع) ش: وهو الوجه الذي ذكره، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء م: (لحاجته إليها) ش: أي لحاجة الموصي الميت إلى الوصية.

وقال الزمخشري: إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١٢]." (١)

"أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة. ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا. لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل. بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة. لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعا: لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين.

ـــــــQواعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في " مختصره" في هذا المسألة ولم يذكر خلاف محمد أيضا في كتبه، ولكن جعل الجحود رجوعا في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعا في " الجامع الكبير "، فمن هذا اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال: في المسألة روايتان، ومنهم من قال: ما ذكره في " الجامع " جواب القياس.

وما ذكره في كتاب الوصايا جواب **الاستحسان** "كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في " شرح الجامع الكبير ".

م: (أو لأن الرجوع) ش: دليل آخر، أي ولأن الرجوع عن الوصية م: (إثبات في الماضي) ش: أي إثبات الوصية في الماضي م: (ونفي في الحال) ش: أي نفي للوصية في الحال م: (والجحود نفي في الماضي والحال جميعا فلا يكون رجوعا حقيقة) ش: للمنافاة بين الإثبات والنفي م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كون الجحود نفيا في الماضي والحال.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٤٠٤

م: (لا يكون جحود النكاح فرقة) ش: أي طلاقا؛ لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي. وقال الأكمل: لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر.

م: (ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا) ش: هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل " الجامع الكبير " لا مسألة تأخير الوصية م: (لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل) ش: يعني وصف الوصية بأنها حرام اقتضى ربا يقتضي كون أصل الوصية باقيا؛ لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع.

م: (بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة) ش: بأن قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل الرجوع م: (لأنه الذاهب المتلاشي. ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعا) ش: أي ولو قال: كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعا عن الوصية م: (لأن التأخير ليس للسقوط) ش: يعني لا يدل على السقوط م: (كتأخير الدين) ش: فإنه لا يسقط به.." (١)

"باللفظ بقدر الإمكان.

قال: ومن قال: لفلان علي دين فصدقوه، معناه: قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث وهذا استحسان، وفي القياس لا يصدق؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله: "فصدقوه " صدر مخالف للشرع؛ لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا، فلا يعتبر، وجه **الاستحسان**: أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال: إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة. قال: وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة؛ لأن ميراثهم معلوم، وكذا الوصايا معلومة

ـــــــQباللفظ) ش: أي بقوله: أشركتك م: (بقدر الإمكان) .

[قال لفلان علي دين فصدقوه]

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير " م: (ومن قال: لفلان علي دين فصدقوه) ش: أي قال

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤١٤/١٣

لورثته، وبينه المصنف بقوله م: (معناه قال ذلك لورثته، فإنه يصدق إلى الثلث) ش: أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث، وكذبه الورثة، قال المصنف – رحمه الله –: م: (وهذا استحسان. وفي القياس: لا يصدق؛ لأن الإقرار بالمجهول، وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان، وقوله: "فصدقوه" صدر مخالفا للشرع: لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة) ش: وهو قد أمرهم بتصديقه بلا حجة، فإذا كان كذلك م: (فتعذر إثباته إقرارا مطلقا) ش: يعني من كل وجه م: (فلا يعتبر وجه **الاستحسان**: أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) ش: وهو مالك للكل في الثلث م: (وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) ش: فيتقيد، وقد يحتاج جواب عما يقال: لو كان قصده الوصية لصرح بها، وتقرير الجواب بأن يقال: م: (وقد يحتاج إليه) ش: إلى مثل هذا الكلام م: (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) ش: يعني يعلم أصل الحق ولا يعلم مقداره م: (سعيا منه) ش: أي لأصل السعي منه، م: (في تفريغ ذمته فيجعلها) ش: أي فيجعل هذه الوصية م: (وصية جعل التقدير فيها) ش: أي في هذه الوصية م: (إلى الموصى له كأنه قال: إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه) ش: أي هذه الوصية م: (معتبرة من الثلث، فلهذا) ش:، أي فلكونها معتبرة من الثلث م: (يصدق على الثلث دون الزيادة) ش: على الثلث؛ لأن جواز الوصية من الثلث.

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (وإن أوصى بوصايا غير ذلك) ش: أي غير الدين المجهول م: (يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة؛ لأن ميراثهم معلوم) ش: وهو الثلثان م: (وكذا الوصايا معلومة) ش: وهي الثلث.." (١)

"لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي. قال: وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر – رحمه الله –؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. وجه **الاستحسان**: أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده. بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه. أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا، فيأخذ نصف ما في يده، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث. قال: ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٤٣٠

ولدا، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له؛ لأن الأم دخلت في الوصية

ـــــــQLحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي) .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير " م: (وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) ش: وهو سدس المال م: (وهذا استحسان) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله -. وقال الشافعي - رحمه الله - في وجه: يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب " الحاوي " من القولين في الدين ليس شيء، كذا في " الحلية ".

م: (والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر - رحمه الله -؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. **وجه الاستحسان**: أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما) ش: أي في أيدي الابنين م: (فيكون مقرا بثلث ما في يده. بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) ش: حيث يعطي جميع ما في يده م: (لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه) ش: وبه قال الشافعي في وجه. وقال الشافعي في الأصح: يلزمه في نصيبه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد - رحمهما الله - لأن إقراره بهذه الجهة.

م: (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما في يده، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث) ش: فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث.

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما) ش: أي الأم والولد م: (يخرجان من الثلث فهما للموصى له؛ لأن الأم دخلت في الوصية." (١)

"**وجه الاستحسان**: أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا؛ وقد تأيد بقوله - صلى الله عليه وسلم -: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ".» وفسره بكل من سمع النداء،

ـــــــQإلى العرف.

م: (**وجه الاستحسان** أن هؤلاء) ش: أي الملاصقون وغيرهم م: (كلهم يسمون جيرانا عرفا) ش: أي من حيث عرف الناس م: (وقد تأيد ذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم -) ش: أي بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - م: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» ش: هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٤٣٨

أبي هريرة مرفوعا ورواه الدارقطني أيضا عن جابر مرفوعا، ورواه ابن عباس عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - مرفوعا بأسانيد ضعيفة. وقال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، وقال ابن حزم: هذا حديث ضعيف، الحديث، وهو صحيح من قول علي - رضي الله تعالى عنه -.
قلت: رواه البيهقي في " المعرفة " من طريق الشافعي أنه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حيان التيمي عن أبيه قرأته عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - أنه قال: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد " قيل: ومن جار المسجد؟ قال: " من أسمعه المنادي ".» قال القدوري في " التهذيب ": وقد قال هلال الرأي أن الجار من أسمعه المنادي لأنه روي عن علي - رضي الله تعالى عنه - أنه قال: لا صلاة لجار المسجد ... إلى آخره.
م: (وفسره بكل من سمع النداء) ش: قال تاج الشريعة: وفسره، أي النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: «هم الذين يجمعهم مسجد واحد» . انتهى.
قلت: هذا غريب منه، وكيف يقال وفسره النبي - صلى الله عليه وسلم - والحديث لم يصح عن النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ ولئن سلمنا أنه صح ولم يفسره النبي - صلى الله عليه وسلم - هكذا، وإنما فسره علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - فيما روي عنه موقوفا عليه كما ذكرنا الآن.
فإن قلت: يمكن أن يقال وفسره علي - رضي الله تعالى عنه -؟.
قلت: نعم، علي - رضي الله تعالى عنه - فسره هكذا، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا، والمصنف ما أسند الحديث إلى علي - رضي الله تعالى عنه - حتى يصح أن يقال: وفسره علي، ولو قال: وفسره على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى.
م: (ولأن القصد بر الجيران) ش: أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه." (١)

"وإن قال: له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش. وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفا، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا. أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفا، يقال: فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقته يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد. قال: ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٦٢/١٣

بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال

ـــــــصاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع به كما في النفقة. والخلاف فيه كالخلاف في النفقة.

م: (وإن قال له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل، والفرق) ش: بين الغلة والثمرة م: (أن الثمرة اسم للموجود عرفا) ش: وفي " المبسوط " الثمرة اسم للموجود حقيقة م: (فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا) ش: يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء، كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور، لا باعتبار أن المعدوم شيء، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلالهم لهذه المسألة على أن المعدوم شيء.

م: (أما الغلة فتنتظر الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة أخرى عرفا، يقال: فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت) ش: أي الغلة م: (يتناولهما عرفا) ش: أي الموجود والحادث م: (غير موقوف على دلالة أخرى، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد) ش: مثل ما إذا قال: أبدا، وما عاش، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعا، فيصرف إليهما وإن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فإن في القياس لا شيء له. وفي **الاستحسان** لو لم يدخل فيه ثمرة البستان [....] كلام الموصي، ولو دخل فيه صح كلامه، والكلام إذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده، فكذا هذا.

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في " الجامع الصغير ": م: (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله) ش: أي فللرجل الذي أوصى له م: (ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال." (١)

"فصل في شهادة الوصي قال: وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة؛ لأنهما متهمان فيهما لإثباتهما معينا لأنفسهما. قال: إلا أن يدعيها المشهود له، وهذا استحسان، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة، **وجه الاستحسان** أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه، أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٤٩٢

ـــــــه

[فصل في شهادة الوصي]

م: (فصل في شهادة الوصي) ش: أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي، وإنما أخر هذه لكونها عارضة فيها غير أصلية، والأصل عدم العارض.

م: (قال: وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما) ش: أي مع الوصيين م: (فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها) ش: أي في هذه الشهادة م: (لإثباتهما معينا لأنفسهما) ش: قال – عليه السلام –: «لا شهادة لمتهم» وهذا لا نعلم فيه خلافا.

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع ": م: (إلا أن يدعيها المشهود له) ش: ولفظه في " الجامع " محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة – رضي الله عنه – في الوصيين يشهدان: أن الميت أوصى إلى هذا معهما قال: إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك، قالوا في شرح " الجامع الصغير ": م: (وهذا استحسان) ش: وأخذ المصنف هذا وقال هذا، وأشار به إلى قوله: إلا أن يدعيهما المشهود استحسانا

م: (وهو في القياس كالأول) ش: أي كالوجه الأول، وهو البطلان. وذكر وجه القياس بقوله: م: (لما بينا من التهمة) ش: لأنها شهادتان للشاهد أو لأبيه.

م: (وجه **الاستحسان**: أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما) ش: أي إلى الوصيين م: (برضاه) ش: أي برضى الآخر م: (بدون شهادتهما) ش: لأن الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة، فإذا كان كذلك م: (فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه) ش: أي عن القاضي. مثاله أن القرعة ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الإيصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دامغة لا حجة، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين.

م: (أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي) ش: فلا يحتاج إلى الشهادة؛ لأن الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصيا وهو راغب فيه أجابهما إلى ذلك بخلاف الوكالة، فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أيهما لا يفعل؛ لأنه ليس له ولاية في مال أبيهما.." (١)

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥٢٤/١٣